



Fábio Abel de Oliveira Pinheiro

Core International Crimes e as **Imunidades de Direito Internacional**

*Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Criminais, sob orientação do Professor Doutor
António Pedro Nunes Caeiro, apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra*

Coimbra, 2014



• U C •
UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Fábio Abel de Oliveira Pinheiro

Core International Crimes e as **Imunidades de Direito Internacional**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais.

Orientador: Professor Doutor António Pedro Nunes Caeiro

Coimbra, 2014

Agradecimentos

Dedico a presente dissertação ao meu irmão Ruben, aos meus pais, Abel e Odete, e aos meus avós. Por todo o vosso amor, carinho e apoio incondicionais!

Um agradecimento especial ao Professor Doutor Pedro Caeiro, pela disponibilidade, pelas críticas construtivas, no fundo, pela sua inestimável ajuda!

Aos meus amigos e a todos aqueles que, de certa forma, contribuíram para que esta dissertação fosse possível!

*“ [Porque] quem caminha sozinho
pode até chegar mais rápido, mas aquele que
vai acompanhado, com certeza vai mais
longe.”*

CLARICE LISPECTOR

Siglas e Abreviaturas

Apud	– Citado por
Art.	– Artigo
Cf.	– Confronte
CNUJEB	– Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos seus Bens
CRP	– Constituição da República Portuguesa
CS	– Conselho de Segurança
CVRD	– Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas
ERTPI	– Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional
ETIJ	– Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça
ILC	– International Law Commission
Loc. Cit.	– Local Citado
MNE	– Ministro dos Negócios Estrangeiros
N.º	– Número
Ob. Cit.	– Obra Citada
ONU	– Organização das Nações Unidas
P.	– Página
PP.	– Páginas
PTC	– Pre-Trial Chamber
RDC	– República Democrática do Congo
Ss.	– Seguintes
TESL	– Tribunal Especial para a Serra Leoa
TIJ	– Tribunal Internacional de Justiça
TPI	– Tribunal Penal Internacional
V.g.	– Verbi gratia
Vide	– Veja-se
Vol.	– Volume

Índice

INTRODUÇÃO	6
-------------------------	----------

Capítulo I – CORE INTERNATIONAL CRIMES E A JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL

1. Core International Crimes	11
1.1. Genocídio.....	12
1.2. Crimes contra a Humanidade.....	14
1.3. Crimes de Guerra.....	18
1.4. Crime de Agressão.....	25
2. A Jurisdição Penal Internacional: a questão da Jurisdição Universal	28
2.1. A Jurisdição Penal Internacional	28
2.2. A Questão da Jurisdição Universal: Centralização ou Descentralização? ...	30
2.2.1. O Modelo Centralizado.....	31
2.2.2. O Modelo Descentralizado	35

Capítulo II – AS IMUNIDADES DE DIREITO INTERNACIONAL

1. Breve Resenha Histórica	39
2. Tipos de Imunidades.....	42
2.1. Imunidades Diplomáticas	42
2.2. Imunidades Jurisdicionais de um Estado	44
2.3. Imunidades dos Chefes de Estado, dos Chefes do Governo e dos Ministros dos Negócios Estrangeiros.....	49
3. Conceito de Imunidades	51
3.1. As Imunidades Funcionais ou em razão da matéria (<i>ratione materiae</i>)	51
3.2. As Imunidades Pessoais ou em razão da pessoa (<i>ratione personae</i>)	53

Capítulo III – AS IMUNIDADES DE DIREITO INTERNACIONAL E OS TRIBUNAIS NACIONAIS

1. O Caso Pinochet	55
1.1. A Primeira Decisão da Câmara dos Lordes de 25 de Novembro de 1998 (Pinochet I)	56
1.2. A Segunda Decisão da Câmara dos Lordes de 17 de Dezembro de 1998 (Pinochet II)	60
1.3. A Terceira Decisão da Câmara dos Lordes de 24 de Março de 1999 (Pinochet III)	61
2. O Caso Gaddafi.....	65
3. O Caso Yerodia.....	68
3.1. A Jurisdição Universal: uma questão em aberto.....	70
3.2. O <i>Obiter Dictum</i>	73
3.2.1. A Distinção entre a <i>Ratione Decidendi</i> e o <i>Obiter Dictum</i>	74
3.2.2. Análise do <i>Obiter Dictum</i>	75
4. O Caso Hissène Habré	79
5. O Estado Actual das Imunidades: Principais Propostas de Superação.....	82
5.1. Imunidades Pessoais	82
5.2. Imunidades Funcionais	82
5.2.1. Os Crimes de Direito Internacional enquanto Actos Não Oficiais.....	83
5.2.2. Excepção reconhecida pelo Direito Internacional Público.....	85
5.3. Artigos Provisórios ILC.....	87

Capítulo IV – AS IMUNIDADES DE DIREITO INTERNACIONAL E OS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

1. Os Tribunais Internacionais Criminais: Principais Características	94
2. O Tribunal Penal Internacional.....	98
2.1. A Ordem Jurídica Portuguesa: o Art. 7.º, n.º 7 da CRP (“Cláusula TPI”) e suas consequências jurídicas	98
2.2. A Problematicidade subjacente à interpretação dos artigos 27.º, n.º 2 e 98.º, n.º 1 do ERTPI.....	102
2.3. O Caso Omar Al-Bashir	108
2.3.1. Exposição Sumária do Caso	108
2.3.2. A Resolução 1593/2005 do CS da ONU (“Security Council Avenue”)	110
2.3.3. A Problemática da (Ir)relevância das Imunidades de Direito Internacional (“Customary Law Avenue”)	119

CONCLUSÃO	125
------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	130
---------------------------	-----

Introdução

“Ending impunity for mass crimes is a common responsibility of humanity as a whole and justice for victims of such grave crimes should never be sacrificed at the altar of political expediency”¹.

A presente dissertação de Mestrado surge na sequência de uma investigação iniciada durante a frequência da parte curricular do 2.º Ciclo de Estudos em Direito. O Professor Doutor Pedro Caeiro (nosso Orientador), responsável pelo curso de Direito Processual Penal, foi, sem dúvida, um dos principais responsáveis pelo despertar de interesse, da nossa parte, relativamente à investigação científica no âmbito das imunidades de direito internacional.

O nosso principal objectivo consiste na identificação e, consequente, avaliação crítico-reflexiva do estado actual das imunidades de direito internacional no âmbito dos “core internacional crimes” (crimes de direito internacional). Assim, procuraremos, durante esta nossa investigação, abordar um conjunto de temáticas cruciais para a determinação da (ir)relevância das imunidades quando esteja em causa a prática de crimes de direito internacional, sem nunca perder de vista a principal questão que nos ocupa: será que as prerrogativas que caracterizam as imunidades de direito internacional podem constituir um obstáculo efectivo à cooperação judiciária internacional em matéria penal (mais especificamente, no âmbito dos crimes de direito internacional)?

Em primeiro lugar, procuraremos definir, ainda que em termos gerais, as características essenciais do conjunto de crimes de direito internacional codificados pelo Estatuto de Roma do Tribunal Internacional Penal: crime de genocídio, crimes contra a Humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. Na nossa opinião, tal como salientado no Preâmbulo deste Estatuto, os crimes de direito internacional constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da Humanidade, pelo que este conjunto de crimes, que afectam a comunidade internacional globalmente considerada, não devem ficar impunes,

¹ “President Song, Prosecutor Bensouda and ASP-President Intelmann: Humanity is bound together in a common quest to end impunity”, ICC-CPI-20140910-PR1038, Press Release: 10/09/2014.

devendo-se reforçar a cooperação internacional judiciária para garantir a efectividade da sua repressão. Partimos do acervo de crimes codificados pelo ERTPI pois consideramos que são estes os crimes de direito internacional comumente aceites pela comunidade internacional. A delimitação e análise dos elementos objectivos e subjectivos que compõem estes tipos específicos de crimes constituem, indubitavelmente, um dos momentos mais importantes nesta nossa investigação, uma vez que somente através destas reuniremos as condições necessárias para avaliar o impacto que as imunidades de direito internacional podem (ou não) ter neste âmbito em concreto.

Antes de identificarmos as imunidades de direito internacional existentes, iremos abordar ainda a problemática relativa à questão da jurisdição penal internacional. A jurisdição penal internacional é uma questão que, na nossa opinião, antecede a problemática atinente às imunidades, já que se um determinado tribunal não possuir competência jurisdicional para julgar um determinado indivíduo (ou Estado), as prerrogativas que dizem respeito às imunidades de direito internacional não chegam a assumir qualquer relevância. A jurisdição penal internacional é governada por um conjunto de regras e princípios que determinam a competência jurisdicional que caberá, em princípio, a cada um dos Estados (divisão do *ius puniendi* estadual). Iremos, dentre este conjunto de princípios, concentrar as nossas atenções nas consequências da aplicação do princípio da jurisdição universal, cujos contornos continuam, ainda hoje, a levantar uma série de questões – cuja(s) resposta(s) permanece(m) bastante controversas. A nossa proposta passará pela análise das consequências jurídicas (e políticas) da aplicação deste princípio de um ponto de vista bipartido: em primeiro lugar, a aplicação por parte de um tribunal nacional (modelo centralizado); em segundo lugar, a aplicação por parte de um tribunal internacional (modelo descentralizado).

Depois destas considerações iniciais, abordaremos o estado actual das imunidades de direito internacional. Em primeiro lugar, procuraremos identificar a base histórica por detrás da criação deste tipo de mecanismos. De seguida, identificaremos os tipos de imunidades, existentes no âmbito do direito internacional, reconhecidos como tais pela comunidade internacional: nomeadamente, as imunidades diplomáticas, as imunidades jurisdicionais de um Estado e, por último, as imunidades dos Chefes de Estado, dos Chefes do Governos e dos Ministros dos Negócios Estrangeiros. A caracterização deste tipo de imunidades – convencionais e de direito costumeiro – permitir-nos-á identificar um

conjunto de elementos susceptíveis de operarmos uma divisão conceitual tradicionalmente reconhecida pela comunidade internacional. Assim sendo, dividiremos as imunidades em dois conceitos: imunidades funcionais ou em razão da matéria (*ratione materiae*) e imunidades pessoais ou em razão da pessoa (*ratione personae*), utilizando esta classificação conceitual, que consideramos mais adequada, para avaliar as consequências que as imunidades de direito internacional podem ter quando estejamos no âmbito da prática de “core crimes”.

No Capítulo III iremos avaliar a questão, das imunidades de direito internacional, do ponto de vista da evolução da relevância que estas prerrogativas têm assumido nas decisões dos tribunais nacionais quando confrontados com situações que envolvam a prática de “core crimes” – isto é, partiremos da perspectiva da cooperação judiciária internacional horizontal (relações entre Estados soberanos). Os casos mais importantes neste âmbito são, sem dúvida, os casos Pinochet, Gaddafi, Yerodia e Hissène Habré. Cada um destes precedentes judiciais lidou, de forma mais ou menos abrangente, com a problemática que ocupa a nossa investigação. A avaliação das conclusões destes tribunais permitir-nos-á identificar qual o estado actual das imunidades – *ratione materiae* e *personae* – ao nível da cooperação judiciária horizontal, uma vez que aquelas decisões constituem, na nossa opinião, poderosos precedentes judiciais indiciários das convicções da comunidade internacional nesta matéria. Será que as imunidades *ratione personae* continuam a constituir um entrave à cooperação entre tribunais nacionais de Estados soberanos? Ou serão, por sua vez, as imunidades *ratione materiae* a possibilitar que os indivíduos, em virtude da posição oficial que ocupam e da qualidade oficial dos seus actos, se subtraíam à jurisdição daqueles tribunais? A nossa investigação procurará encontrar uma resposta para estas questões que continuam a ocupar o pensamento dos grandes Autores sobre a matéria.

De seguida, abordaremos a presente controvérsia partindo da (ir)relevância das imunidades de direito internacional no âmbito da cooperação judiciária internacional vertical. Como sabemos, a questão das imunidades continua a levantar sérios problemas no que diz respeito à interpretação das suas prerrogativas, especialmente quando estejamos perante acusações da prática de crimes de direito internacional cujo julgamento tenha lugar em sede dos denominados tribunais internacionais criminais. As propostas de vários Autores têm passado pela irrelevância das imunidades quando sejam suscitadas no âmbito

de um julgamento de um órgão judicial internacional. No entanto, as características que permitem identificar um tribunal como órgão judicial internacional não se encontram claramente definidas pela comunidade jurídica. Ainda assim, procuraremos individualizar determinadas características que, do nosso ponto de vista, permitem classificar um tribunal, enquanto tal, para efeitos de irrelevância das prerrogativas que estabelecem as imunidades de direito internacional. Para tal, iniciaremos a nossa análise enquadrando, de um ponto de vista jurídico-constitucional, as consequências que a ratificação do ERTPI operou na ordem jurídica portuguesa. Também convocaremos diversas disposições normativas constantes de Estatutos de Tribunais Internacionais (Tribunais Internacionais Ad Hoc para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda, Tribunal Especial para a Serra Leoa e Tribunal Penal Internacional), bem como algumas decisões jurisprudenciais (sobre a nossa problemática) resultantes de diversos julgamentos levados a cabo pelo conjunto de tribunais internacionais já enunciados. O Caso Milosević, o Caso Tadić, o Caso Charles Gankay Taylor e, sobretudo, o Caso Omar Al-Bashir, são os precedentes judiciais mais importantes em matéria de imunidades de direito internacional. Não podemos deixar de referir que, no âmbito do TPI, os arts. 27.º e 98.º do ERTPI continuam a gerar uma grande discussão no que concerne à delimitação dos seus âmbitos de aplicação. Procuraremos, ainda que superficialmente, clarificar – através de uma análise comparativista de algumas opiniões – os referidos âmbitos, bem como, identificar os possíveis conflitos que estes artigos possam originar, tendo como objectivo, a final, proporcionar uma (difícil, mas possível) solução para as problemáticas emergentes.

Por último, individualizaremos o Caso de Omar Al-Bashir em virtude das consequências jurídico-internacionalmente preponderantes que tal situação originou (e continua a originar) no seio da comunidade universal. Sem nunca esquecer que todos os Estados têm o dever de exercer a sua jurisdição penal sobre os responsáveis pelo cometimento de crimes de direito internacional, procuraremos encontrar duas soluções para contornar a problemática das imunidades ao nível da cooperação judiciária vertical (entre Estados e Órgãos Judiciais Internacionais), nomeadamente, à luz do caso que consideramos como mais paradigmático neste âmbito: o Caso Omar Al-Bashir. Em primeiro lugar, iremos propor a irrelevância das imunidades de direito internacional em virtude de a actuação do Conselho de Segurança da ONU, enquanto “trigger mechanism”, na situação *sub judice*, poder determinar a remoção ou levantamento das imunidades

reconhecidas a Omar Al-Bashir enquanto Chefe de Estado do Sudão, considerando-se, de igual forma, que a Resolução daquele organismo determina a sujeição do Sudão às regras do ERTPI. De seguida, propomo-nos a analisar a situação do ponto de vista da evolução do direito internacional costumeiro, isto é, procuraremos determinar se o estado actual desta área do Direito permite concluir pela existência de uma regra que determine a irrelevância das imunidades *ratione personae* e *materiae* ao nível da cooperação judiciária internacional vertical, mais propriamente, quando uma situação se encontrar sobre a alçada do TPI.

Tendo em conta que, nos dias que correm, a luta pela repressão dos crimes de maior gravidade, que afectam a comunidade no seu conjunto, assume um carácter universal, consideramos que uma análise das prerrogativas que caracterizam as imunidades de direito internacional à luz dos desenvolvimentos registados, ao longo dos últimos anos, nesta matéria, apenas poderá determinar a adaptação e, consequente, relativização dos conceitos tradicionais das imunidades, uma vez que estas não podem, hoje em dia, constituir um obstáculo efectivo à cooperação judiciária internacional em matéria penal – tal facto daria origem a uma crescente impunidade dos principais responsáveis pelo cometimento de “core crimes”.

I

Core International Crimes e a Jurisdição Penal Internacional

1. Core International Crimes

Os crimes de direito internacional (comumente designados, na literatura jurídica sobre a matéria, por “core crimes” ou “core international crimes”) – apesar da sua longa existência no âmbito do direito internacional penal, em virtude da celebração de diversas convenções internacionais multilaterais sobre a problemática – foram objecto de uma importante e criteriosa codificação aquando da adopção do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (daqui em diante, ERTPI)². Podemos apontar a criação deste Estatuto como um importante marco no desenvolvimento do direito internacional penal, uma vez que procedeu à codificação de um conjunto de crimes que, até ao momento da sua redacção, se encontravam dispersos, isto é, as suas características enquanto crimes de direito internacional apenas seriam percepcionáveis através da conjugação de um conjunto de convenções internacionais e de disposições de direito internacional costumeiro, pois não existia um instrumento internacional que previsse, nas suas disposições, um conjunto tão alargado de crimes. Assim sendo, reconhecemos ao ERTPI o papel de principal codificador dos crimes que o direito internacional contemporâneo encara como constituindo as mais sérias violações em matéria de direitos humanos.

Tendo em conta que uma das funções mais exigentes do direito internacional passa pela definição dos elementos constitutivos dos crimes em termos específicos, podemos afirmar que este Estatuto procedeu a uma cuidada delimitação dos pressupostos, formais e materiais, que constituem aqueles crimes. Vejamos.

² O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi aprovado, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 3/2002 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 2/2002, ambos publicados no Diário da República I-A, n.º 15, de 18.01.2002. Entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa no dia 1 de Julho de 2002.

1.1. Genocídio

O crime de genocídio encontra-se definido no art. 6.º do ERTPI, que determina que, para efeitos do Estatuto, se entende por genocídio “qualquer um dos actos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, rácico ou religioso, enquanto tal: a) Homicídio de membros do grupo; b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial; d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.”.

Inicialmente, o crime de genocídio era entendido como uma sub-categoria pertencente aos crimes contra a Humanidade – aliás, o art. 6.º, alínea c) da Carta do Tribunal Internacional Militar de Nuremberga³ não contemplava, expressa ou implicitamente, o genocídio como uma categoria separada de crime, mas sim como uma categoria integrante dos crimes contra a Humanidade⁴. A Carta de Nuremberga, bem como a Carta do Tribunal Internacional de Tokyo⁵, não incluíram nos seus textos a expressão genocídio, mas antes a palavra “perseguição”, para definir o extermínio de Judeus e de outros grupos étnicos e/ou religiosos – a palavra genocídio foi introduzida pelo jurista Rafael Lemkin em 1944⁶.

O crime de genocídio tornou-se uma categoria independente aquando da adopção, pela Assembleia Geral da ONU, da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948⁷. Devemos salientar o facto de as principais disposições normativas, resultantes daquele instrumento, terem alcançado, ainda que gradualmente, o nível de normas de direito internacional costumeiro. Posteriormente, este tipo de crime foi objecto de tipificação em dois outros instrumentos, com grande projecção internacional, que

³ *Charter of The International Military Tribunal at Nuremberg*, London, 8 August 1945. Disponível em: http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf.

⁴ ANTONIO CASSESE, “Genocide”, in A. Cassese / P. Gaeta / J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2002, p. 335.

⁵ *Charter of The International Military Tribunal for The Far East (IMTFE Charter)*, Tokyo, 19 January 1946. Disponível em: <http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml>.

⁶ RAFAEL LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe*, 1944 *apud* ANTONIO CASSESE, como nota 4, p. 335.

⁷ Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, aprovada e proposta para assinatura e ratificação ou adesão pela resolução 260 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 9 de Dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-genocidio.html>.

contribuíram decisivamente para a classificação daquelas normas como regras de *jus cogens*: o art. 4.º do Estatuto do Tribunal Internacional para a Ex-Jugoslávia e o art. 2.º do Estatuto do Tribunal Internacional para o Ruanda constituíram dois sinais evidentes da consolidação, na comunidade jurídica internacional, daquelas prerrogativas enquanto normas de direito internacional costumeiro.

A classificação do crime de genocídio como regra de *jus cogens* (isto é, como norma com carácter peremptório) tem como principal consequência o facto de a sua violação acarretar a emergência de obrigações internacionais que vinculam toda a comunidade internacional (obrigações *erga omnes*), ou seja, em virtude da sua caracterização como norma imperativa, podemos afirmar que a indisponibilidade da norma, para além de não permitir qualquer tipo de derrogação (nem através da celebração de acordos internacionais), implica que os Estados têm um dever acrescido no que diz respeito ao restabelecimento da confiança da comunidade internacional na norma que entretanto foi violada⁸.

Passemos agora a uma breve análise dos elementos objectivos e subjectivos constitutivos deste tipo de crime.

Os elementos objectivos deste tipo de crime (também designados por *actus reus*) traduzem-se nas condutas tipificadas pelo dispositivo normativo como actos susceptíveis de constituir um ou vários crimes de genocídio. Assim sendo, podemos afirmar que as condutas previstas nas alíneas a) a e), do art. 6.º do ERTPI, traduzem o conjunto de comportamentos que compõem o elemento objectivo deste tipo de crime.

Como salienta Antonio Cassese, poder-se-á admitir como crime de genocídio, excepcionalmente, o homicídio de um indivíduo pertencente a um determinado grupo. O ERTPI veio consagrar a possibilidade, ainda que remota, de a prática do crime de genocídio envolver apenas uma vítima, isto é, para que o crime de genocídio se enquadre na jurisdição do TPI será suficiente o envolvimento de apenas uma vítima pertencente a um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. No entanto, um caso desta natureza irá reforçar a necessidade de prova por parte da acusação, uma vez que esta terá de provar que aquele homicídio foi particularmente motivado pelo facto de o indivíduo pertencer a um

⁸ M. CHERIF BASSIOUNI, "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, 1996, pp. 63 e ss.

grupo em concreto, cuja eliminação, em todo ou em parte, constituiria o principal objectivo do perpetrador⁹.

Por sua vez, o elemento subjectivo (ou *mens rea*) exigido pela norma que prevê o crime de genocídio traduz-se na “intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, rácico ou religioso”. Assim, este tipo de crime exige a presença do que podemos identificar como *dolus specialis*¹⁰, isto é, para que os actos sejam considerados susceptíveis de integrar este tipo de ilícito é necessária a verificação de uma intencionalidade específica agravada – que podemos caracterizar como dolo necessário – por parte do agente infractor. Na esteira de Antonio Cassese, podemos afirmar que a descrição deste requisito psicológico específico, nos casos que envolvam a prática de crimes de genocídio, acaba por excluir todas as outras categorias existentes a nível do elemento psicológico, nomeadamente, o dolo eventual ou a negligência¹¹.

Em jeito de conclusão, podemos afirmar que o crime de genocídio – apesar da sua “recente” autonomização – se encontra claramente definido no ERTPI. Em virtude da sua caracterização enquanto norma de direito internacional costumeiro (regra de *jus cogens*), consideramos que a comunidade internacional se encontra, hoje em dia, obrigada a adoptar as medidas necessárias para que o combate a este tipo de crime seja eficaz.

1.2. Crimes contra a Humanidade

Os crimes contra a Humanidade encontram-se definidos no art. 7.º do ERTPI. Segundo o n.º 1 deste artigo, “entende-se por crime contra a Humanidade qualquer um dos actos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência à força de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais do direito internacional; f) Tortura; g) Violação, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força ou qualquer outra forma de

⁹ ANTONIO CASSESE, como nota 4, pp. 348 e 349.

¹⁰ De acordo com ANTONIO CASSESE, como nota 4, p. 338, “a intenção criminal que acompanha a ofensa em causa tem de ser acrescida de uma intenção criminal agravada”.

¹¹ *Ibidem*.

violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou colectividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de sexo¹², tal como definido no n.º 3, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis em direito internacional, relacionados com qualquer acto referido neste número ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de apartheid; k) Outros actos desumanos de carácter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento, ferimentos graves ou afectem a saúde mental ou física.”.

O n.º 2 deste artigo apresenta-nos um conjunto de definições que têm como principal propósito a delimitação das condutas tipificadas pelo n.º 1. Assim sendo, de acordo com a alínea a) deste n.º 2, para que possamos identificar um “ataque contra uma população civil” será necessária a verificação da prática de um conjunto de actos (v.g. homicídio, extermínio, escravidão...), levados a cabo através de políticas estatais (ou, até mesmo, de organizações criminosas), com o único propósito de alcançar os objectivos delineados pela política em vigor, isto é, aqueles actos devem ser praticados tendo em vista a prossecução desta política. Por sua vez, a alínea b) do mesmo número dita que o “extermínio” tem como principal objectivo a destruição de uma parte de uma determinada população, através de uma sujeição intencional a condições de vida precárias, traduzidas na privação de acesso a bens primários (tais como, bens alimentícios ou medicamentos). A “escravidão” – alínea c – define-se pela existência de um poder ou de um conjunto de poderes exercidos, efectivamente, sobre uma determinada pessoa, que se traduzam na sua perspetivação como um bem apropriável, isto é, a pessoa seria considerada propriedade de alguém (devemos incluir ainda naquele exercício o tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças). Já a “deportação ou transferência à força de uma população” (alínea d)) deve ser entendida como a deslocação forçada de pessoas, da zona em que se encontram legalmente, através da expulsão ou de qualquer outro tipo de acto coercivo, sem que exista para tal uma justificação reconhecida pelo direito internacional. De seguida, um acto de “tortura” (alínea e)) deve ser entendido como um meio através do qual são intencionalmente causados a uma pessoa dores ou sofrimentos graves (físicos e/ou mentais), com o intuito de obter, por exemplo, informações ou confissões da mesma –

¹² De acordo com o n.º 3 do presente artigo, “Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo «sexo» abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado”.

contudo, ficam ressalvados desta definição os actos resultantes, única e exclusivamente, da aplicação de sanções legais. No que diz respeito à definição de “gravidez à força” (ou gravidez forçada) – alínea f) –, devemos salientar que esta não afecta as disposições de direito interno dos Estados relativamente à gravidez, descrevendo-se esta conduta como a privação da liberdade (ilegal) de uma mulher, com o propósito de modificar, através daquela prática criminosa, a composição étnica de uma determinada população ou de cometer outras graves violações do direito internacional. Como já referimos supra, a expressão “perseguição” foi outrora utilizada para definir o crime de genocídio. No entanto, como podemos verificar na definição aqui – alínea g) – apresentada, esta expressão assume, hoje em dia, um significado bastante diferente, já que por “perseguição” é entendida a conduta traduzida na privação intencional e grave de direitos fundamentais, por motivos directamente relacionados com a identidade do grupo ou da colectividade em questão, constituindo tais actos uma séria violação do direito internacional. A alínea h) apresenta a definição do "crime de apartheid", que deve ser entendido como “qualquer acto desumano análogo aos referidos no n.º 1, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo rácico sobre um ou outros e com a intenção de manter esse regime”. Por último, surge a definição de "desaparecimento forçado de pessoas" que, de acordo com a alínea i), se traduz na “detenção, prisão ou sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política, ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa em reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a protecção da lei por um longo período de tempo”.

Os crimes contra a Humanidade foram objecto de tipificação, pela primeira vez, no art. 6.º, alínea c), da Carta do Tribunal Internacional Militar de Nuremberga. De acordo com Antonio Cassese, este artigo visava o julgamento e a punição das atrocidades mais repugnantes, isto é, daqueles actos susceptíveis de subverter o sentido do princípio da dignidade da pessoa humana. A crescente consciencialização da comunidade internacional, relativamente à necessidade de julgar e punir os autores dos crimes mais horrendos e terroríficos através de mecanismos mais eficientes, resultou na ascensão destas regras ao

nível de normas de direito internacional costumeiro¹³. As definições apresentadas pelos Estatutos dos Tribunais Internacionais para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda – art. 5.º e art. 3.º daqueles Estatutos, respectivamente – tiveram um contributo decisivo na consolidação destes crimes enquanto regras de *jus cogens*. Assim sendo, tal como no caso do dispositivo que prevê o crime de genocídio, a comunidade internacional encontra-se obrigada a zelar pelo respeito universal pela norma aqui consagrada.

Passando agora à análise dos elementos constitutivos do crimes contra a Humanidade, podemos afirmar que os elementos objectivos se encontram definidos nas alíneas a) a k), do n.º 1 do presente artigo, que por sua vez, são objecto de uma mais alargada e concreta determinação nas diversas alíneas pertencentes ao n.º 2 do art. 7.º. Na nossa opinião, um dos elementos objectivos, mais relevantes, deste tipo de crime, está directamente relacionado com a exigência de as ofensas em questão terem de revestir um carácter sistemático (ou de larga escala) e, ao mesmo tempo, terem de ser, pelo menos, consentidas pelo Estado, Governo, ou Entidade que esteja no comando¹⁴. Assim sendo, podemos concluir que os crimes em questão são, normalmente, promovidos pelo Estado (considerados parte de uma política governamental) ou por uma Entidade que detenha o poder de facto sobre um determinado território.

Apesar de a categoria de crime em questão ser considerada bastante vasta, podemos afirmar que as disposições existentes, a nível de direito internacional convencional e costumeiro, permitem-nos concluir pela suficiência das definições que aí encontramos, já que a própria evolução deste tipo de crime possibilitou uma delimitação mais concreta das vertentes que o compõem.

Quanto à análise do elemento subjectivo, integrante da norma *sub judice*, podemos afirmar que, tal como salienta Antonio Cassese, a sua determinação é bastante controversa, uma vez que os tribunais nacionais tendem a valorar os elementos subjectivos constitutivos dos tipos específicos dos crimes envolvidos (v.g. homicídio, extermínio, entre outros)¹⁵.

No entanto, de acordo com os princípios gerais de direito internacional, o elemento subjectivo dos crimes contra a Humanidade pode ser dividido em dois momentos distintos, sendo eles: 1) o conhecimento (ou a consciência) do contexto mais alargado em que o

¹³ ANTONIO CASSESE, “Crimes Against Humanity”, in A. Cassese / P. Gaeta / J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2002, pp. 354 a 356.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*, p. 361.

crime é praticado, isto é, de que aquelas ofensas são parte de uma política de abusos sistemática, generalizada e de larga escala; e 2) a necessidade de verificação de uma intencionalidade¹⁶ (momento volitivo) relativamente à prática da ofensa subjacente, nomeadamente, homicídio, tortura, entre outros¹⁷.

Por último, devemos acrescentar que os casos que envolvam situações de perseguição por motivos políticos, religiosos ou étnicos, tal como exigido pela disposição normativa que prevê o crime de genocídio, impõem a verificação do requisito relativo ao *dolus specialis*, já que, também nestes casos, terá de se provar a existência de uma intencionalidade específica agravada por parte do agente infractor.

1.3. Crimes de guerra

O art. 8.º, n.º 1 do ERTPI, determina que o TPI “terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes”. Assim sendo, podemos afirmar que sempre que um determinado conjunto de actos, considerados crimes de guerra, sejam praticados no âmbito de uma política estatal (ou como parte integrante de um plano que envolva a prática daqueles actos em larga escala), o TPI será jurisdicionalmente competente para julgar e punir aqueles actos.

De acordo com o art. 8.º, n.º 2, alínea a) do ERTPI, são consideradas crimes de guerra “as violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes actos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente: i) Homicídio doloso; ii) Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas; iii) O acto de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde; iv) Destruição ou apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária; v) O acto de compelir um

¹⁶ A nível de elemento psicológico, podemos afirmar que, quanto a este tipo de crime, o dolo eventual e a negligência poderão assumir uma função importante, já que poderá ser suficiente que o agente tenha consciência da possibilidade de se tornar uma parte instrumental na execução de uma política governamental desumana (ou de uma prática sistemática de atrocidades), bem como a consciência de que as suas acções poderão (muito provavelmente) resultar no cometimento de atrocidades. Cf. ANTONIO CASSESE, como na nota 13, pp. 364 e 365.

¹⁷ *Ibidem*, p. 363 e 364.

prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob protecção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga; vi) Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob protecção do seu direito a um julgamento justo e imparcial; vii) Deportação ou transferência, ou a privação de liberdade ilegais; viii) Tomada de reféns;”.

De seguida, a alínea b) do mesmo artigo vem acrescentar ao âmbito dos “crimes de guerra” quaisquer “outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no quadro do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes actos: i) Atacar intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participem directamente nas hostilidades; ii) Atacar intencionalmente bens civis, ou seja, bens que não sejam objectivos militares; iii) Atacar intencionalmente pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à protecção conferida aos civis ou aos bens civis pelo direito internacional aplicável aos conflitos armados; iv) Lançar intencionalmente um ataque, sabendo que o mesmo causará perdas acidentais de vidas humanas ou ferimentos na população civil, danos em bens de carácter civil ou prejuízos extensos, duradouros e graves no meio ambiente que se revelem claramente excessivos em relação à vantagem militar global concreta e directa que se previa; v) Atacar ou bombardear, por qualquer meio, aglomerados populacionais, habitações ou edifícios que não estejam defendidos e que não sejam objectivos militares; vi) Provocar a morte ou ferimentos a um combatente que tenha deposto armas ou que, não tendo meios para se defender, se tenha incondicionalmente rendido; vii) Utilizar indevidamente uma bandeira de tréguas, a bandeira nacional, as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, assim como os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, causando deste modo a morte ou ferimentos graves; viii) A transferência, directa ou indirecta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território; ix) Os ataques intencionais a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objectivos militares; x) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam

motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efectuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou façam perigar seriamente a sua saúde; xi) Matar ou ferir à traição pessoas pertencentes à nação ou ao exército inimigos; xii) Declarar que não será dado abrigo; xiii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o determinem; xiv) Declarar abolidos, suspensos ou não admissíveis em tribunal os direitos e acções dos nacionais da parte inimiga; xv) O facto de uma parte beligerante obrigar os nacionais da parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, ainda que eles tenham estado ao serviço daquela parte beligerante antes do início da guerra; xvi) Saquear uma cidade ou uma localidade, mesmo quando tomada de assalto; xvii) Utilizar veneno ou armas envenenadas; xviii) Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou similares, ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo; xix) Utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou possui incisões; xx) Empregar armas, projecteis, materiais e métodos de combate que, pela sua própria natureza, causem ferimentos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou que surtam efeitos indiscriminados, em violação do direito internacional aplicável aos conflitos armados, na medida em que tais armas, projecteis, materiais e métodos de combate sejam objecto de uma proibição geral e estejam incluídos num anexo ao presente Estatuto, em virtude de uma alteração aprovada em conformidade com o disposto nos artigos 121.º e 123.º; xxi) Ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes; xxii) Cometer actos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do n.º 2 do artigo 7.º, esterilização à força e qualquer outra forma de violência sexual que constitua também um desrespeito grave das Convenções de Genebra; xxiii) Aproveitar a presença de civis ou de outras pessoas protegidas para evitar que determinados pontos, zonas ou forças militares sejam alvo de operações militares; xxiv) Atacar intencionalmente edifícios, material, unidades e veículos sanitários, assim como o pessoal habilitado a usar os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, de acordo com o direito internacional; xxv) Provocar deliberadamente a inanição da população civil como método de fazer a guerra, privando-a dos bens indispensáveis à sua sobrevivência, impedindo, nomeadamente, o envio de socorros, tal como previsto nas Convenções de Genebra; xxvi)

Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar activamente nas hostilidades;”.

A alínea c) da presente norma vem ditar que “em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos actos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem directamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo: i) Actos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura; ii) Ultrajes à dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes; iii) A tomada de reféns; iv) As condenações proferidas e as execuções efectuadas sem julgamento prévio por um tribunal regularmente constituído e que ofereça todas as garantias judiciais geralmente reconhecidas como indispensáveis;”. No entanto, devemos salientar que de acordo com o estipulado pela alínea d), exceptuam-se do âmbito de aplicação da alínea c) do presente artigo as “situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, actos de violência esporádicos ou isolados ou outros de carácter semelhante”.

Por sua vez, a alínea e) do presente artigo determina que também devem ser consideradas “crimes de guerra” quaisquer “outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm carácter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes actos: i) Atacar intencionalmente a população civil em geral ou civis que não participem directamente nas hostilidades; ii) Atacar intencionalmente edifícios, material, unidades e veículos sanitários, bem como o pessoal habilitado a usar os emblemas distintivos das Convenções de Genebra, de acordo com o direito internacional; iii) Atacar intencionalmente pessoal, instalações, material, unidades ou veículos que participem numa missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, de acordo com a Carta das Nações Unidas, sempre que estes tenham direito à protecção conferida pelo direito internacional dos conflitos armados aos civis e aos bens civis; iv) Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objectivos militares; v) Saquear um

aglomerado populacional ou um local, mesmo quando tomado de assalto; vi) Cometer actos de violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f) do n.º 2 do artigo 7.º, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave do artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra; vii) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou em grupos, ou utilizá-los para participar activamente nas hostilidades; viii) Ordenar a deslocação da população civil por razões relacionadas com o conflito, salvo se assim o exigirem a segurança dos civis em questão ou razões militares imperiosas; ix) Matar ou ferir à traição um combatente de uma parte beligerante; x) Declarar que não será dado abrigo; xi) Submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de outra parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efectuadas no interesse dessa pessoa, e que causem a morte ou ponham seriamente a sua saúde em perigo; xii) Destruir ou apreender bens do inimigo, a menos que as necessidades da guerra assim o exijam; xiii) Utilizar veneno ou armas envenenadas; xiv) Utilizar gases asfixiantes, tóxicos ou similares, ou qualquer líquido, material ou dispositivo análogo; xv) Utilizar balas que se expandem ou achatam facilmente no interior do corpo humano, tais como balas de revestimento duro que não cobre totalmente o interior ou possui incisões;”¹⁸. A alínea f) estabelece uma excepção ao âmbito de aplicação do preceituado na alínea e), determinando que esta última apenas terá aplicação quando estejamos perante “conflitos armados que não tenham carácter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, actos de violência esporádicos ou isolados ou outros de carácter semelhante; aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos.”.

Por último, de acordo com o art. 8.º, n.º 3, as disposições constantes das alíneas c) e e), do n.º 2 do mesmo artigo, não afectam a responsabilidade emergente do incumprimento do dever de manutenção e restabelecimento da ordem pública, comum a todos os Estados (ou Governos), uma vez que estes últimos se encontram vinculados por uma obrigação

¹⁸ Os pontos xiii a xv, da alínea e), do n.º 2 do artigo 8.º, foram aditados pela Resolução RC/Res. 5 de 11 de Junho de 2010.

segundo a qual a defesa da unidade e integridade territorial do Estado, por qualquer meio legítimo, deve ser garantida.

A noção de crimes de guerra foi introduzida no direito internacional, pela primeira vez, no final da Primeira Guerra Mundial. O Tratado de Versalhes foi o dispositivo responsável pela introdução do conceito de crimes de guerra no direito internacional dos tratados – art. 228.º daquele Tratado¹⁹. De seguida, surge a disposição, introduzida pelo Estatuto do Tribunal Internacional Militar de Nuremberga (art. 6.º, alínea b)), que contribuiu para um franco desenvolvimento do conceito de crimes de guerra, já que acrescentou, a título exemplificativo, algumas condutas capazes de constituírem aquele tipo de crime. Por sua vez, o Estatuto do Tribunal Internacional Militar de Tokyo (art. 5.º, alínea b)), na nossa opinião, não aproveitou o ensejo para contribuir para uma clarificação necessária desta categoria de crime. Os desenvolvimentos mais decisivos ocorreram já no período Pós-Guerra Fria, nomeadamente através da criação dos Tribunais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda²⁰. Os Estatutos daqueles Tribunais contribuíram para a cristalização da definição de crimes de guerra. O Estatuto do Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia, através das disposições presentes nos arts. 2.º e 3.º, apesar de não utilizar a expressão “crimes de guerra”, desenvolveu, para além da definição deste tipo de crime, o conjunto de actos susceptíveis de serem enquadrados como crimes de guerra. No que diz respeito ao Estatuto do Tribunal Internacional para o Ruanda, devemos observar o seu art. 5.º que, tal como os artigos do Estatuto do Tribunal para a ex-Jugoslávia, não emprega a expressão “crimes de guerra”. A norma presente no art. 8.º do ERTPI, que ora analisamos, pode (e deve) ser considerada como a primeira grande tentativa – e, quanto a nós, bem sucedida – de codificação pormenorizada do âmbito dos crimes de guerra.

De acordo com uma construção proposta por Michael Bothe, as normas que preveem a punição dos crimes de guerra devem ser consideradas regras secundárias, uma vez que as regras primárias, deste tipo de crime, dizem respeito às condutas ou comportamentos proibidos. Na sua opinião, o facto de as regras primárias se encontrarem em constante mudança – e, conseqüente, adaptação – não permite criar uma definição exaustiva do conceito de crimes de guerra. No entanto, este autor defende que, por razões

¹⁹ *Tratado de Versalhes de 1919*, disponível em: <http://www.firstworldwar.com/source/versailles227-230.htm>.

²⁰ MICHAEL BOTHE, “War Crimes”, in A. Cassese / P. Gaeta / J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2002, p. 384.

ligadas ao princípio da *nulla poena sine lege*, a codificação alcançada pelo dispositivo normativo presente no ERTPI permite-nos, de certa forma, delimitar uma área que, até há bem pouco tempo, era considerada extremamente volátil²¹.

Os elementos objectivos deste tipo de crime, isto é, as condutas tipificadas pelo artigo em análise, são, como podemos observar, extremamente vastas. No entanto, uma análise mais atenta – das alíneas presentes neste artigo – permite-nos identificar dois âmbitos de aplicação totalmente distintos: 1) as alíneas a) e b) estabelecem os critérios de aplicabilidade nos casos que envolvam conflitos armados internacionais, ou seja, aquelas prerrogativas apenas poderão ser utilizadas quando o conflito armado, em que as condutas tipificadas tenham sido praticadas, seja classificado como internacional; 2) já as alíneas c) e e) apenas dizem respeito aos conflitos que não possam ser caracterizados como internacionais, isto é, estas alíneas pretendem avocar à jurisdição do TPI todos os conflitos cuja classificação seja de índole exclusivamente nacional, ressalvando-se, por via das cláusulas previstas nas alíneas d) e f), determinadas situações resultantes de conflitos internos de um determinado Estado²².

Para além de a conduta ter de integrar um daqueles âmbitos de aplicação, de acordo com Michael Bothe, um acto ou omissão, de forma a constituir uma violação das leis de guerra e, consequentemente, um crime de guerra, deverá ter sido cometido não apenas durante, mas no âmbito de um conflito armado²³. Assim sendo, podemos afirmar que será necessário estabelecer um nexo de causalidade entre a conduta criminosa e o conflito armado, uma vez que os actos que compõem aquela conduta criminosa apenas poderão ser classificados como crimes de guerra se tiverem sido cometidos no contexto de um conflito armado²⁴.

Por sua vez, no que diz respeito ao elemento subjectivo, devemos salientar a necessidade de o indivíduo infractor ter conhecimento das circunstâncias factuais que determinam a existência de um conflito armado, isto é, o agente terá de actuar consciente

²¹ *Ibidem*, p. 381 e ss. Como observado *supra*, nota de rodapé 18, as condutas que consubstanciam este tipo de crime estão sujeitas a constantes alterações.

²² Contudo, podemos também proceder a uma divisão entre as alíneas a) e c) – que preveem as violações graves do art. 3.º comum às quatro Convenções de Genebra – e as alíneas b) e e) – que determinam as violações graves das leis e costumes aplicáveis àqueles conflitos no quadro do direito internacional.

²³ MICHAEL BOTHE, como na nota 20, p. 388.

²⁴ Uma das declarações do Caso Tadić aponta no mesmo sentido: “For a crime to fall within the jurisdiction of the International Tribunal, a sufficient nexus must be established between the alleged offence and the armed conflict which gives rise to the applicability of international humanitarian law.”. Parágrafo 572, *The Prosecutor v. Duško Tadić*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) Trial Chamber II, The Netherlands, Case number IT-94-1-T, Opinion and Judgment in First Instance, 7 May 1997.

de que as suas acções fazem parte (ou são cometidas no âmbito) de um conflito armado. No entanto, não lhe é exigido o conhecimento de que os actos cometidos são classificados como crimes de guerra. Por último, para além daquele conhecimento, algumas disposições (v.g. pontos i), ii) e iii) da alínea b)) exigem que o agente actue orientado por uma intencionalidade concreta subjacente à conduta criminosa adoptada, ou seja, à conduta do agente infractor (v.g. bombardeamentos) deverá ser acrescentada a intenção de, através da mesma, produzir determinadas consequências específicas (v.g. atingir intencionalmente civis)²⁵.

1.4. Crime de Agressão

O art. 8.º *bis* do ERTPI veio introduzir²⁶, tal como previsto no momento da adopção do Estatuto, a definição do crime de agressão²⁷. De acordo com o n.º 1 deste artigo, o crime de agressão, para efeitos de atribuição de competência jurisdicional ao TPI, pode ser definido como qualquer acto cometido no âmbito de um “planeamento, preparação, iniciação ou execução, por parte de uma pessoa cuja posição lhe permita exercer controlo efectivo sobre ou dirigir a acção política ou militar de um Estado, de um acto de agressão que, devido ao seu carácter, gravidade e escala, constitui uma manifesta violação da Carta das Nações Unidas”.

De seguida, o n.º 2 fornece uma definição daquilo que devemos entender como constituindo um “acto de agressão”. Assim, podemos classificar como acto de agressão o uso das forças armadas de um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com as disposições da Carta das Nações Unidas. Este número providencia ainda uma lista de actos que, independentemente de uma declaração de guerra, devem, de acordo com a Resolução da Assembleia Geral da ONU 3314 (XXIX) de 14 de Dezembro de 1974, ser qualificados como actos de agressão: “a) A invasão ou ataque por parte das forças armadas de um

²⁵ MICHAEL BOTHE, como na nota 20, p. 389.

²⁶ Aditamento resultante da Resolução RC/Res. 6 de 11 de Junho de 2010.

²⁷ Pelo menos trinta Estados Partes do ERTPI terão de ratificar as alterações ao novo crime de agressão, encontrando-se, de igual forma, obrigados a tomar uma decisão relativamente à questão do accionamento da jurisdição do TPI, após 1 de Janeiro de 2017. Cf. JOSEPH M. ISANGA, “The International Criminal Court Ten Years Later: Appraisal and Prospects”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 21, 2013, p. 312.

Estado do território de outro Estado, ou qualquer ocupação militar, ainda que temporária, resultante de tal invasão ou ataque, ou qualquer anexação pelo uso da força, do território de outro Estado ou parte dele; b) Bombardeamento pelas forças armadas de um Estado contra o território de outro Estado ou o uso de quaisquer armas por um Estado contra o território de outro Estado; c) O bloqueio dos portos ou da orla costeira de um Estado pelas forças armadas de outro Estado; d) Um ataque pelas forças armadas de um Estado contra o território, as forças marítimas ou aéreas de outro Estado; e) A utilização das forças armadas de um Estado, que se encontram no território de outro Estado com o consentimento do Estado receptor, em violação das condições previstas no contrato ou o prolongamento da sua presença nesse território para além do acordado; f) A acção de um Estado ao permitir que o seu território, que tenha colocado à disposição de um outro Estado, possa ser utilizado por esse outro Estado para perpetrar um acto de agressão contra um terceiro Estado; g) O envio por um Estado, ou em seu nome, de bandos armados, grupos de soldados irregulares ou mercenários, que levem a cabo actos de força armada contra outro Estado de uma gravidade tal, que sejam susceptíveis de equiparação aos actos acima referidos, ou que revelem um envolvimento substancial naqueles”.

A repressão do uso ilegal das forças armadas de um Estado, enquanto categoria de crime autónomo, de acordo com o direito internacional, pressupõe que o recurso a essa força seja proibido²⁸. O Pacto Kellogg-Briand de 27 de Agosto de 1928, no qual os Estados Partes condenaram o “recurso à guerra como solução para as controvérsias internacionais” e renunciaram à “guerra como instrumento de política nacional nas relações entre eles”²⁹, constituiu o passo mais significativo, antes da Segunda Guerra Mundial, relativamente à inclusão dos crimes contra a Paz no art. 6.º, alínea a) do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga³⁰. Como salienta Giorgio Gaja, até aos dias de hoje, apenas o Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Tokyo – através do seu art. 5.º, alínea a) – contemplou, em termos bastante similares aos do seu predecessor, a repressão do “crime de agressão”. No entanto, apesar de os Estatutos dos Tribunais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda não terem contemplado previsões de natureza semelhante – muito por força

²⁸ GIORGIO GAJA, “The Long Journey towards Repressing Aggression”, in A. Cassese / P. Gaeta / J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2002, p. 428.

²⁹ Briand-Kellogg-Pact, 27 August 1928, disponível em: <http://www.jura.uni-muenchen.de/fakultaet/lehrstuehle/satzger/materialien/kellogg1928e.pdf>.

³⁰ GIORGIO GAJA, como na nota 28, p. 428.

dos objectivos principais daqueles Tribunais estarem relacionados com a repressão dos crimes contra a humanidade e crimes de guerra –, podemos afirmar que a ideia segundo a qual os indivíduos responsáveis pelo crime de agressão devem ser julgados não desapareceu. O presente art. 8.º *bis* do ERTPI é a “prova viva” de que a comunidade internacional continua a pretender responsabilizar, de forma efectiva, todos os responsáveis pela prática deste tipo de crime. A incorporação da definição e das condições para o exercício da jurisdição do TPI, relativamente ao crime de agressão, surgiram na Primeira Conferência de Revisão do ERTPI, que teve lugar em Kampala (Uganda), durante o período entre os dias 31 de Maio e 11 de Junho de 2010³¹.

No que diz respeito aos elementos objectivos que compõem este novíssimo tipo de crime, podemos afirmar que o crime de agressão é um “crime de liderança”, já que o autor das condutas susceptíveis de constituírem aquele crime terá de, forçosamente, desempenhar uma cargo ou função que “lhe permita exercer controlo efectivo sobre ou dirigir a acção política ou militar de um Estado” – logo, podemos excluir deste âmbito de aplicação todos os indivíduos que actuem dentro da sua capacidade privada, bem como aqueloutros que exerçam uma posição política ou militar de menor relevância³².

Uma das principais críticas apontadas à definição do crime de agressão resulta da imprecisão referente à utilização do termo «manifesta» que, de acordo com o disposto no art. 8.º *bis*, n.º 1, deverá ser avaliado segundo o “carácter, gravidade e escala” do acto de agressão em concreto³³.

Por sua vez, relativamente aos elementos subjectivos deste tipo de crime, cumpre-nos afirmar pela exigência de um conhecimento agravado das circunstâncias factuais, isto é, o agente deverá estar consciente de que os seus actos – parte de um plano de preparação, iniciação ou execução de um acto de agressão – são praticados em virtude da posição dominante que este desempenha junto da máquina política ou militar de um determinado Estado. Quanto à intencionalidade, podemos concluir pela necessidade de verificação de uma intenção específica, uma vez que qualquer uma das condutas adoptadas pelo agente

³¹ Tal como previsto pelo art. 123.º do ERTPI, “Sete anos após a entrada em vigor do presente Estatuto, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convocará uma conferência de revisão para examinar qualquer alteração ao presente Estatuto.”.

³² TOM RUYS, “Defining the Crime of Aggression: The Kampala Consensus”, *Military Law and The Law of War Review*, Vol. 49, 2010, p. 111.

³³ JOSEPH M. ISANGA, como na nota 27, p. 310.

deverá ter como principal objectivo abalar “a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado”.

2. A Jurisdição Penal Internacional: a questão da Jurisdição Universal

2.1. A Jurisdição Penal Internacional

A jurisdição penal (ou criminal) diz respeito ao conjunto de regras e princípios que regulam a aplicação da lei penal no espaço, isto é, de acordo com determinados princípios, estabelecidos pelas leis dos Estados e/ou pelo direito internacional, um determinado tribunal constituirá o foro adequado para a aplicação das leis penais aos indivíduos acusados da prática de factos criminalmente relevantes. Assim sendo, podemos afirmar que a jurisdição criminal diz respeito à competência de um determinado Estado – e, hoje em dia, de determinados órgãos internacionais (v.g. TPI) – para julgar e fazer cumprir as normas jurídico-penais vigentes.

Sobretudo após a Paz de Vestefália de 1648³⁴, que podemos apontar como o mais importante marco no âmbito da concepção moderna das relações internacionais (e do direito internacional)³⁵, os Estados procederam à divisão do *ius puniendi* entre si, utilizando, particularmente, o princípio da territorialidade para definir os limites do *ius puniendi* estadual. Hoje em dia, surgem outras figuras que, de certa forma, vieram introduzir novidades ao nível da (possível) delegação da competência jurisdicional dos Estados. Não obstante, no que diz respeito ao titular da competência jurisdicional, não podem existir quaisquer dúvidas: os Estados, enquanto sujeitos de direito internacional soberanos, repartem entre si a jurisdição sobre determinados bens jurídico-penalmente

³⁴ *Tratado de Paz de Vestefália*, celebrado entre Fernando III e Luís XIV, em 24 de Outubro de 1648, também designado como “Tratado de Paz entre o Sacro Imperador Romano e o Rei da França e os seus respectivos aliados”.

³⁵ Tal como afirma Jónatas Machado, “O Modelo de Vestefália corresponde, em boa medida, a um direito internacional alicerçado no princípio da igualdade soberana dos Estados”. Cf. JÓNATAS E. M. MACHADO, *Direito Internacional: Do paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2006, p. 71.

relevantes, encontrando-se o direito de jurisdição³⁶ (aqui na vertente de jurisdição judicativa) na disponibilidade dos mesmos.

De acordo com os ensinamentos transmitidos por Figueiredo Dias, os princípios que regulam a aplicação da lei no espaço são hierarquicamente distintos, uma vez que podemos identificar a existência de um princípio-base, em que os Estados assentam a aplicação das suas leis penais, coadjuvado pela existência de um conjunto mais alargado de outros princípios acessórios (ou de aplicação complementar), cuja função primordial passará pela colmatação de eventuais falhas que o princípio-base possa revelar³⁷.

Este autor identifica como princípio-base do nosso sistema jurídico o princípio da territorialidade, segundo o qual o Estado aplica o seu direito penal a todos os factos penalmente relevantes que tenham ocorrido dentro do seu território, sem que para tal seja relevante a nacionalidade dos indivíduos envolvidos. De seguida, são apontados quatro princípios complementares daqueloutro: 1) o princípio da nacionalidade, que estipula que “o Estado pune todos os factos penalmente relevantes praticados pelos seus nacionais, com indiferença pelo lugar onde eles foram praticados e por aquelas pessoas contra quem o foram”; 2) o princípio da defesa dos interesses nacionais, “segundo o qual o Estado exerce o seu poder punitivo relativamente a factos dirigidos contra os seus interesses nacionais específicos, sem consideração do autor que os cometeu ou do lugar em que foram cometidos”; 3) o princípio da aplicação universal ou da universalidade, que “manda o Estado punir todos os factos contra os quais se deva lutar a nível mundial ou que intencionalmente ele tenha assumido a obrigação de punir, com indiferença pelo lugar da comissão, pela nacionalidade do agente ou pela pessoa da vítima”; 4) o princípio da administração supletiva da justiça penal, segundo o qual a lei portuguesa tem competência “para conhecer dos factos que, não se encontrando sujeitos às regras anteriores, foram praticados no estrangeiro por estrangeiros que se encontram em Portugal e cuja extradição, tendo sido requerida, não pode ser concedida”^{38 39}.

³⁶ JÓNATAS E. M. MACHADO, como na nota 35, p. 217.

³⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 208.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Também o direito internacional público estabelece cinco princípios gerais em matéria de jurisdição criminal, a saber: 1) o princípio da territorialidade; 2) o princípio da nacionalidade activa; 3) o princípio da nacionalidade passiva; 4) o princípio protectivo ou da protecção dos interesses nacionais; 5) o princípio da universalidade. Uma vez que já procedemos a uma definição precisa destes princípios, limitar-nos-emos a apresentar uma definição dos princípios da nacionalidade activa e passiva, pois são os únicos que, neste momento, carecem de alguma concretização. O princípio da nacionalidade activa traduz-se na aplicação da

Todos estes princípios têm um nível de aceitação variável por parte dos diferentes Estados que compõem a comunidade jurídica internacional. No entanto, a aplicação destes princípios a um caso em concreto, por parte dos tribunais de um determinado Estado, poderá ser efectuada através da opção por um dos princípios propostos ou, até mesmo, através de uma aplicação conjunta de vários princípios a essa mesma situação.

2.2. A Questão da Jurisdição Universal: Centralização ou Descentralização?

O princípio da jurisdição universal tem vindo a atrair maiores atenções desde a detenção em Londres, no ano de 1998, de Augusto Pinochet⁴⁰. Contudo, tal como refere Dalila Hoover, este princípio não é recente, uma vez que os Estados têm vindo a aplicar, durante vários séculos, o princípio da jurisdição universal aos casos que envolvam actos de pirataria em alto mar⁴¹. Os piratas sempre foram considerados *hostis humani generis* (inimigos da Humanidade) e os seus crimes podiam ser julgados pelos Tribunais de todas as Nações. Assim sendo, podemos afirmar que a pirataria surge como o primeiro crime internacional ao qual a jurisdição universal foi aplicada. Alguns Autores propugnam pela expansão do âmbito de aplicação do princípio da jurisdição universal através de uma analogia (“piracy analogy”) entre o crime de pirataria e os crimes de guerra e contra a Humanidade⁴². De acordo com Eugene Kontorovich, a jurisdição universal não foi pensada apenas como uma forma de combater o crime de pirataria, mas antes como uma forma de permitir que qualquer Estado possa punir os crimes internacionais mais graves e hediondos⁴³. Na nossa opinião, seguindo de perto a posição de Dalila Hoover, a criação do

lei penal de um determinado Estado (ou de um órgão internacional) a factos penalmente relevantes praticados por um indivíduo que seja seu nacional (ou nacional de um dos Estados Partes de um determinado Estatuto). Por sua vez, o princípio da nacionalidade passiva providencia pela aplicação da lei penal de um determinado Estado (ou de um órgão internacional) a factos cometidos, fora do seu território, contra um cidadão que seja seu nacional.

⁴⁰ O Caso Pinochet será abordado, mais detalhadamente, *infra*, no Capítulo III.

⁴¹ DALILA HOOVER, “Universal Jurisdiction Not So Universal: Time to Delegate to the International Criminal Court?”, *Eyes on the ICC*, Vol. 8, 2011, p. 79.

⁴² M. CHERIF BASSIOUNI, “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 42, 2001, pp. 110 e 111. No mesmo sentido, EUGENE KONTOROVICH, “The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 45, 2004, pp. 184 e 185.

⁴³ EUGENE KONTOROVICH, como na nota 42, p. 185.

Tribunal Militar de Nuremberga, bem como de outros tribunais internacionais⁴⁴, representa o ponto de viragem no que diz respeito à expansão do âmbito de aplicação da jurisdição universal relativamente aos crimes de guerra e aos crimes contra a Humanidade⁴⁵.

Consideramos que, hoje em dia, a expressão *hostis humani generis* abrange os indivíduos responsáveis pela prática dos crimes mais hediondos, nomeadamente, genocídio, crimes de guerra, crimes contra a Humanidade, tortura, entre outros. Tendo em conta que estes crimes colocam em risco a paz e a segurança da comunidade internacional, podemos afirmar que o princípio da jurisdição universal surge como um mecanismo capaz de garantir o julgamento e punição deste tipo de crimes, já que, de acordo com este princípio, qualquer Estado poderá exercer legitimamente a sua jurisdição judicativa.

De seguida, propomos uma abordagem bipartida desta problemática que, na nossa opinião, revelar-se-á mais produtiva. Os tribunais que aplicam o princípio da jurisdição universal podem ser divididos em duas categorias: tribunais nacionais e tribunais internacionais. A nossa proposta passa pela divisão, do princípio da jurisdição universal, em dois âmbitos de aplicação: 1) a aplicação por parte dos tribunais nacionais de um determinado Estado soberano (modelo centralizado); 2) e a aplicação por parte de tribunais internacionais (modelo descentralizado). Vejamos.

2.2.1. O Modelo Centralizado

O princípio da universalidade, entendido como base justificativa para a activação da jurisdição criminal por parte de um determinado Estado – que dessa forma pretende aplicar as suas leis, através dos seus tribunais, a uma conduta com a qual pode nem sequer ter qualquer tipo de ligação a nível espacial (*sedes delicti*) ou de nacionalidade dos indivíduos (agressor e vítima) –, pode revelar-se extremamente perigoso. O exercício da jurisdição penal de um Estado baseada, única e exclusivamente, na natureza do crime em questão, sem que seja necessário o estabelecimento de qualquer outro elo de ligação (v.g. local em que o crime foi cometido, nacionalidade do agente infractor, nacionalidade da vítima, ou

⁴⁴ *Ibidem*. “The seminal cases that helped expand universal jurisdiction to new offenses – the decisions of the Nazi war crimes tribunals, Eichmann, Filartiga, and the Yugoslavian war crimes tribunal created by the United Nations – have all used the piracy analogy”.

⁴⁵ DALILA HOOVER, como na nota 41, p. 80.

qualquer outra conexão relevante que permita ao Estado exercer a sua jurisdição)⁴⁶, encontra-se legitimada pelo denominado “Lotus Principle” que, por sua vez, determina que qualquer acto que não seja proibido pelo direito internacional, costumeiro e/ou convencional, é permitido (a menos que um Estado demonstre que tal princípio proibitivo existe)⁴⁷.

Actualmente, quase todos os Estados, através da celebração de tratados bilaterais e multilaterais em matéria de extradição, têm assumido a obrigação (ou dever) de combater todos os crimes de interesse universal. Diversos Autores defendem a existência de uma obrigação, imposta pelo direito internacional e vinculativa dos Estados, que determina que estes se encontram adstritos pelo dever de exercer a jurisdição universal e de punir os perpetradores de crimes de direito internacional⁴⁸. A sua argumentação baseia-se no facto de as normas que preveem os crimes de direito internacional serem reconhecidas, pelo direito internacional contemporâneo, como normas de *jus cogens* (normas imperativas) cuja violação implica a emergência de obrigações *erga omnes* (obrigações vinculativas de todos os Estados) que determinam o dever de os Estados julgarem ou extraditarem o(s) responsável(veis) pela prática do(s) crime(s)⁴⁹.

Tal como afirma Dapo Akande, um dos desafios mais importantes passa pela definição das circunstâncias segundo as quais a jurisdição universal (ou pelo menos extraterritorial) é permitida, de acordo com as regras de direito internacional, quando estejamos perante processos criminais nacionais que envolvam a prática de crimes de direito internacional⁵⁰. De acordo com este autor, o princípio da jurisdição universal tem

⁴⁶ Art. 1.º, do 1.º Princípio, dos Princípios de Princeton: “For purposes of these Principles, universal jurisdiction is criminal jurisdiction based solely on the nature of the crime, without regard to where the crime was committed, the nationality of the alleged or convicted perpetrator, the nationality of the victim, or any other connection to the state exercising such jurisdiction.”. Disponível em: https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf.

⁴⁷ DALILA HOOVER, como na nota 41, p. 82.

⁴⁸ IAN BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, 1998, pp. 303 a 315. No mesmo sentido, BRUCE BROOMHALL, “Towards the development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes under International Law”, in Symposium: Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects, *New England Law Review*, Vol. 35, 2001, p. 405.

⁴⁹ Como afirma Dalila Hoover, actualmente, a criação do TPI permite-nos constatar que as normas que preveem crimes como o genocídio, os crimes de guerra e os crimes contra a Humanidade, são consideradas regras de *jus cogens* e, as obrigações *erga omnes* que decorrem da sua violação, implicam que os Estados se encontrem vinculados pelo dever de extraditar ou julgar (*aut dedere aut judicare*). As quatro Convenções de Genebra de 1949, bem como a Convenção contra a Tortura, reconheceram o princípio da jurisdição universal enquanto obrigação decorrente do princípio *aut dedere aut judicare* (“extraditar ou julgar”). Cf. DALILA HOOVER, como na nota 41, pp. 85 e ss.

⁵⁰ DAPO AKANDE e SANGEETA SHAH, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts”, *The European Journal of International Law*, Vol. 21, n.º 4, 2011, pp. 846 e 847.

vindo a ser previsto, progressivamente, pelas legislações nacionais dos Estados⁵¹, bem como objecto de aplicação em diversas decisões judiciais. Os casos mais importantes, a nível de aplicação deste princípio, reportam-se aos Casos *Pinochet* (Reino Unido e Espanha) e *Yerodia* (Bélgica), que serão objecto de análise mais detalhada mais à frente na nossa investigação.

No entanto, não podemos deixar de observar que a implementação da jurisdição universal tem vindo a deparar-se com vários obstáculos que, de certa forma, permitem explicar o porquê desta figura ainda não se ter afirmado como um mecanismo efectivo no combate à impunidade⁵².

Em termos de legislações nacionais, podemos afirmar que a tendência tem vindo a ser a limitação do âmbito de aplicação do princípio da jurisdição universal. Nomeadamente, a legislação Belga, de 16 de Junho de 1993⁵³, que previa, no seu art. 7.º, a jurisdição universal dos seus tribunais, sobre todos os crimes que constituíssem infracções graves à Convenção de Genebra de 12 de Agosto de 1949 (e dos seus protocolos adicionais)⁵⁴, foi objecto de uma alteração que apenas podemos apontar como limitativa do âmbito inicial em que se encontrava previsto aquele princípio. No ano de 2003, no seguimento da legislação adoptada por outros Estados europeus, a Bélgica decidiu-se pela reformulação daquela disposição legal, encontrando-se, hoje em dia, uma norma totalmente diferente em matéria de jurisdição universal. A Lei de 23 de Abril de 2003⁵⁵, que procedeu à alteração da anterior Lei de 1993, veio estabelecer que os Tribunais Belgas são competentes para julgar crimes de direito internacional, nos termos desta lei,

⁵¹ Os Estados Partes do ERTPI têm adoptado disposições legais nacionais no sentido de facilitar o processo de implementação das regras previstas naquele Estatuto, nomeadamente no que diz respeito à aplicação do princípio da jurisdição universal quando estejam em causa crimes sobre os quais o TPI tenha jurisdição. A título de exemplo, podemos apontar: a) Section 8 (b), Canada Crimes Against Humanity and War Crimes Act 2000 (disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-45.9/page-5.html#docCont>); b) Section 1, Article 1, German Code of Crimes Against International Law (disponível em: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/VoeStGB.pdf>); c) Section 4, no. 3 (c), South African Implementation of The Rome Statute of The International Criminal Court Act 2002 (disponível em: <http://www.dfa.gov.za/chiefstatelawadvice/documents/acts/implementationoftheromestatuteoftheiccact.pdf>).

⁵² DALILA HOOVER, como na nota 41, p. 89. No mesmo sentido, Dapo Akande afirma que apesar de o princípio da jurisdição universal ter sido objecto de diversas críticas, estas acabam por se traduzir em juízos negativos a aplicações concretas do princípio e não ao princípio abstractamente considerado. DAPO AKANDE e SANGEETA SHAH, como na nota 50, p. 848.

⁵³ Disponível em: <http://competenceuniverselle.files.wordpress.com/2011/07/loi-du-16-juin-1993-texte-de-loi.pdf>.

⁵⁴ De acordo com o art. 7.º daquela Lei, “Os Tribunais Belgas são competentes para julgar delitos, nos termos desta lei, independentemente do local ou território em que tenham sido cometidos”.

⁵⁵ Disponível em: <http://competenceuniverselle.files.wordpress.com/2011/07/loi-de-1993-telle-que-modifiee-par-la-loi-du-23-avril-2003-texte-de-loi.pdf>.

independentemente do local ou território em que tenham sido cometidos e da presença do seu autor em território belga, desde que se verifique um dos seguintes pressupostos: o agressor seja cidadão belga ou tenha a sua residência principal neste país; a vítima seja cidadã belga há, pelo menos, três anos no momento da prática do crime; ou a Bélgica se encontre obrigada a exercer jurisdição universal em virtude de deveres assumidos no âmbito da celebração de convenções internacionais⁵⁶.

Também os Tribunais Espanhóis não precisavam de demonstrar a existência de qualquer nexo de causalidade, entre o crime e o agente, em ordem a exercerem a jurisdição universal quando estivessem em causa determinados crimes: genocídio, crimes contra a Humanidade e o terrorismo. Contudo, à semelhança do exemplo Belga, o Congresso Espanhol aprovou uma Lei, em 2009, que veio limitar o exercício da jurisdição universal aos casos em que os crimes tenham sido cometidos por um (ou contra um) cidadão espanhol, ou em que o perpetrador se encontre em território espanhol⁵⁷.

Na nossa opinião, estas alterações deveram-se, sobretudo, ao facto de termos assistido, durante os dez anos em que aquelas normas estiveram em vigor, a uma proliferação exacerbada de processos junto dos Tribunais daqueles países⁵⁸.

Em jeito de conclusão, podemos afirmar que o princípio da jurisdição universal, quando aplicado pelos tribunais nacionais de um Estado, se encontra sujeito a um conjunto de críticas fundamentadas que não permitem – pelo menos para já – a afirmação do mesmo na sua mais ampla manifestação (jurisdição universal *in absentia*)⁵⁹. As duas principais críticas à aplicação deste princípio por parte dos tribunais nacionais passam: 1) pelo potencial aproveitamento político do princípio, utilizando-se o mesmo para atingir determinados objectivos políticos que um determinado Estado possa ter, existindo um autêntico risco traduzido na possibilidade de os julgamentos serem politicamente motivados⁶⁰; 2) e pela existência de imunidades de direito internacional que, de certa

⁵⁶ DALILA HOOVER, como na nota 41, p. 76.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Para uma análise mais aprofundada, consultar ROBERT CRYER, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2.^a Edição, Cambridge University Press, 2010, pp. 531 e ss.

⁵⁹ DAPO AKANDE e SANGEETA SHAH, como na nota 50, p. 848, salientam que o princípio da jurisdição universal tem vindo a ser objecto de diversas críticas, especialmente nos casos da denominada jurisdição universal *in absentia*, que implica que o alegado perpetrador dos crimes não se encontre presente no território do Estado que pretende aplicar aquele princípio.

⁶⁰ De acordo com BASSIOUNI, como na nota 42, p. 82: “Unbridled universal jurisdiction can cause disruptions in world order and deprivation of individual human rights when used in a politically motivated manner or for vexatious purposes. Even with the best of intentions, universal jurisdiction can be used imprudently, creating unnecessary frictions between states, potential abuses of legal processes, and undue

forma, continuam a existir no âmbito das relações entre Estados soberanos, dificultando a aplicação deste princípio. Ainda assim, parece-nos correcto concluir pela consolidação do princípio da jurisdição universal enquanto regra de direito internacional costumeiro, uma vez que o facto de um número bastante significativo de Estados possuir legislação que permite o exercício deste princípio – nomeadamente, quando estejam em causa os crimes previstos no ERTPI – fortalece este entendimento⁶¹.

2.2.2. O Modelo Descentralizado

O modelo descentralizado analisa as consequências da aplicação do princípio da jurisdição universal por parte de tribunais internacionais. Na nossa opinião, sempre que um determinado tribunal internacional pretenda lançar mão daquele princípio, de forma a exercer legitimamente a sua jurisdição, podemos afirmar pela insubsistência das racionalidades subjacentes às críticas apontadas ao modelo centralizado. Em primeiro lugar, os tribunais internacionais são caracterizados pela sua independência, isenção e imparcialidade, não nos parecendo provável que as decisões resultantes de um julgamento realizado por um desses tribunais possam ser motivadas por interesses políticos. Por sua vez, os Estatutos destes tribunais contêm disposições normativas que determinam a irrelevância das imunidades de direito internacional, não constituindo estas prerrogativas obstáculos ao exercício da sua jurisdição. No entanto, este modelo não se encontra isento de críticas, já que a potencial violação da soberania dos Estados e a questão da legitimidade de delegação da competência jurisdicional apresentam-se como possíveis obstáculos à sua afirmação. A nossa análise centrar-se-á, sobretudo, na figura do TPI.

O TPI é um tribunal internacional permanente, independente, dotado de personalidade e capacidade jurídicas⁶² (diversas dos Estados que o compõem), que resulta

harassment of individuals prosecuted or pursued for prosecution under this theory. Universal jurisdiction must therefore be utilized in a cautious manner that minimizes possible negative consequences, while at the same time enabling it to achieve its useful purposes. It must also be harmonized with other jurisdictional theories. Furthermore, it should be noted that private international law has not yet developed rules or criteria of sufficient clarity to consider priorities in the exercise of criminal jurisdiction whenever more than one state claims jurisdiction.”.

⁶¹ DAPO AKANDE e SANGEETA SHAH, como na nota 50, p. 849.

⁶² Art. 4.º, n.º 1 do ERTPI.

da celebração de um Tratado, entre um conjunto bastante alargado de Estados⁶³, que culminou com a adopção do ERTPI. Como sabemos, o TPI, em virtude da sua natureza convencional (“treaty-based court”), tem uma jurisdição limitada⁶⁴, já que as obrigações que emanam do seu Estatuto apenas vinculam, em princípio, os Estados que o ratificaram⁶⁵. Os Estados Não Partes do ERTPI também poderão aceitar que este Tribunal exerça a sua jurisdição sobre situações que inicialmente estariam fora do âmbito da competência jurisdicional deste Tribunal, desde que para tal manifestem o seu consentimento, nos termos do art. 12.º, n.º 2 e 3 do ERTPI. Na nossa opinião, existe uma outra possibilidade em que a jurisdição do TPI se alarga ao território e aos nacionais de quaisquer Estados: sempre que o CS da ONU denuncie uma situação junto do Procurador do TPI, nos termos do artigo 13.º, alínea b) do ERTPI⁶⁶.

Apesar de alguns Estados Não Partes do ERTPI considerarem o exercício da jurisdição por parte deste Tribunal uma ameaça à sua soberania⁶⁷, concordamos com Bassiouni quando afirma que tal não podia estar mais longe da realidade, uma vez que este Tribunal não é um órgão supranacional, mas sim um órgão internacional similar aos já existentes. Este Autor acrescenta que o TPI não faz mais do que qualquer Estado pode fazer de acordo com o direito internacional, constituindo este órgão uma verdadeira extensão da jurisdição penal estadual⁶⁸. Assim, parece-nos correcto concluir pela não violação da soberania dos Estados por parte do TPI⁶⁹. Aliás, a nosso ver, o princípio da

⁶³ Até à data da elaboração da presente dissertação de Mestrado, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi ratificado por um conjunto de 122 Estados Partes (de um total de 139 Estados Signatários). Disponível em: http://icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/states%20parties%20%20chronological%20list.aspx.

⁶⁴ Podemos dividir a jurisdição do TPI em jurisdição *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* e *ratione loci*. Para uma percepção mais aprofundada nesta matéria de jurisdição do TPI, consultar *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2002. Cf. ainda SHARON A. WILLIAMS, “Article 11”, “Article 12”, “Article 13”, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers, notes, article by article* (ed. Otto Triffterer), Baden-Baden: Nomos, 1999.

⁶⁵ DALILA HOOVER, como na nota 41, p. 98.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ ROBERT CRYER, “International Criminal Law vs. State Sovereignty: Another Round?”, *The European Journal of International Law*, Vol. 16, n.º 5, 2006, pp. 983 e 984.

⁶⁸ M. CHERIF BASSIOUNI *apud* DALILA HOOVER, como na nota 41, p. 100.

⁶⁹ LEILA NADYA SADAT, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, New York: Transnational Publishers, 2002, p. 79 (“[a]nother aspect of establishing the ICC outside of the United Nations system is the possibility that the Rome Conference represented a Constitutional Moment in international law – a decision to equilibrate the constitutional, organic structure of international law, albeit sotto voce. . . . [various aspects of the Statute and its creation] . . . suggest an important shift in the substructure of international law upon which the Court’s establishment is premised. Unable to effectuate the change explicitly, through formal amendment of the Charter, the international community, including not only States but global civil society, seized upon imaginative ways to

complementaridade (art. 1.º do ERTPI) continua a funcionar como um mecanismo garante da soberania dos Estados.

Para além de considerarmos que a soberania dos Estados não é colocada em causa por parte da jurisdição do TPI (ou de outros tribunais internacionais), na nossa opinião, são os próprios Estados que legitimam o exercício da jurisdição por parte dos Tribunais internacionais, isto é, a delegação da sua competência jurisdicional junto daqueles tribunais permite que estes últimos actuem dentro das suas competências legais. Entendemos, de acordo com Dapo Akande, que existem importantes razões de princípio (e suficientes precedentes judiciais) que sugerem que as delegações da competência jurisdicional dos Estados junto dos Tribunais internacionais, em geral, e do TPI, em particular, são legítimas⁷⁰. A sua argumentação, que merece a nossa total concordância, salienta que, por uma questão de princípio, uma vez que os crimes da competência do TPI são também crimes em relação aos quais o direito internacional permite o exercício de jurisdição universal, seria extraordinariamente incoerente se a regra que permite o julgamento por parte de Estados soberanos – que actuam como agentes da comunidade internacional – de determinados crimes de interesse universal, proibisse, simultaneamente, que esses Estados soberanos pudessem agir colectivamente – delegando a sua competência jurisdicional junto de Tribunais internacionais – no combate desses crimes. Assim sendo, o princípio que permite o julgamento por parte de tribunais nacionais, operada pelos Estados enquanto agentes da comunidade internacional, apenas sugere que estes Estados podem actuar colectivamente, nomeadamente através da delegação da sua competência jurisdicional, para atingir o mesmo fim⁷¹.

Na nossa opinião, o TPI revela-se como um excelente exemplo da aplicação da denominada Teoria da Delegação de Jurisdição (“theory of delegated jurisdiction”), já que ao exercer a sua jurisdição judicativa sobre o território (e sobre nacionais) de um Estado

bring about the shifts in constitutional structure necessary to permit international law to respond to the needs of international society and changing times.”).

⁷⁰ DAPO AKANDE, “The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits”, *Journal of International Criminal Justice*, 2003, pp. 625 e ss. Este Autor aponta diversos exemplos da delegação de jurisdição penal dos Estados junto de outros Estados e junto de Tribunais internacionais. No mesmo sentido, MICHAEL P. SCHARF, “The ICC’s Jurisdiction over the National of Non-Party States”, in *The United States and the International Criminal Court – National Security and International Law*, eds. Sarah B. Sewall and Karl Kaysen, American Academy of Arts and Sciences, 2000, p. 230.

⁷¹ DAPO AKANDE, “Prosecuting Aggression: The Consent Problem and The Role of The Security Council”, *Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict*, Oxford Legal Studies Research Paper, n.º 10, 2011, pp. 34 e 35.

Não Parte do Estatuto, com ou sem o consentimento deste último, podemos afirmar que a aplicação do princípio da jurisdição universal, aos casos que envolvam suspeitas da prática dos crimes previstos pelo ERTPI, não constitui uma violação do princípio da soberania dos Estados ou, sequer, das disposições de direito internacional sobre a matéria, pois, na verdade, este Tribunal opera a coberto de uma delegação de jurisdição por parte dos Estados que compõem a comunidade internacional⁷².

Concluindo, podemos dizer que os Estados Partes do ERTPI delegaram, aquando da sua ratificação, parte da sua competência jurisdicional (*maxime*, no que diz respeito ao exercício do princípio da jurisdição universal relativamente a determinados crimes de direito internacional) junto do TPI⁷³. Hoje em dia, é comumente aceite que determinados crimes, muito por força das consequências nefastas e, particularmente, graves que possam ter na comunidade internacional, assumem um carácter internacional, isto é, os bens jurídicos em questão passam a ter uma relevância jurídico-penal internacional, abandonando-se quanto a estes a sua perspetivação enquanto problemas do foro exclusivamente doméstico⁷⁴. No nosso entender, o TPI poderá constituir o foro mais adequado para o julgamento deste tipo de crimes, já que as dificuldades, levantadas pelas críticas apontadas ao modelo de aplicação do princípio da jurisdição universal centralizado, não se apresentam como ameaças ao âmbito de aplicação da jurisdição universal através de um modelo descentralizado, contribuindo este modelo, aliás, para a consolidação e desenvolvimento do princípio da jurisdição universal enquanto mecanismo efectivo no combate à impunidade.

⁷² DALILA HOOVER, como na nota 41, p. 101.

⁷³ Na nossa opinião, assistimos a uma delegação parcial – em virtude da complementaridade da actuação do TPI – da competência jurisdicional dos Estados que ratificaram aquele Estatuto. Para que possamos atingir os objectivos subjacentes à sua criação, entendemos que, relativamente a este tipo específico de crimes, a delegação total seria uma solução a ter em conta num futuro próximo!

⁷⁴ DALILA HOOVER, como na nota 41, p. 101.

II

Imunidades de Direito Internacional

1. Breve Resenha Histórica

As imunidades de direito internacional remontam ao tempo da Roma Antiga. Os embaixadores romanos eram considerados sagrados e qualquer atentado contra estes constituía fundamento para guerra justa.

Durante a Idade Média – uma vez que as relações internacionais eram desenvolvidas pelos Chefes de Estado – ofender um embaixador, era equiparado a ofender o Chefe de Estado responsável pelo seu envio. A necessidade deste tipo de mecanismos revelava-se indispensável para assegurar a estabilidade das relações internacionais entre os diversos Estados – estava em questão a protecção da soberania dos Estados.

Têm sido avançadas três teorias⁷⁵ como fundamento para a criação das imunidades de direito internacional⁷⁶: a teoria da representação individual ou pessoal, a teoria da extraterritorialidade e, por último, a teoria da necessidade funcional.

Em primeiro lugar, surge a teoria da representação individual ou pessoal. Esta teoria atingiu o seu mais alto nível de aceitação durante os séculos XVIII e XIX⁷⁷. O indivíduo surgia como um representante do Chefe de Estado⁷⁸ ou, até mesmo, como uma personificação do próprio poder soberano do Estado⁷⁹. Logo, usufruía das mesmas imunidades e privilégios conferidos ao seu Chefe de Estado pelo Estado estrangeiro. A fundamentação desta teoria surgiu plasmada, pela primeira vez, pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos da América, no Caso *The Schooner*

⁷⁵ São as denominadas “Basic theories for immunities”.

⁷⁶ International Law Commission (ILC), *Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction: memorandum by the Secretariat*, 31 March 2008, A/CN.4/596, p. 20. Disponível em: <http://www.refworld.org/docid/48abd597d.html>.

⁷⁷ ROBERT A. WILSON, “Diplomatic Immunity from Criminal Jurisdiction: Essential to Effective International Relations”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol. 7, n.º 1, 1984, p. 114. Disponível em: <http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol7/iss1/5>.

⁷⁸ O diplomata era considerado um *alter ego* do seu Chefe de Estado. *Ibidem*, loc. Cit..

⁷⁹ ILC, como na nota 76, p. 21.

*Exchange vs. M'Faddon*⁸⁰. A presente teoria tem sido alvo de duras críticas que levaram, consequentemente, à sua superação. As críticas, de maior relevo, são as seguintes: 1) é considerada demasiado ampla, uma vez que, equiparar o representante a uma personificação do seu Chefe de Estado não permite definir de forma aceitável o âmbito e limites de aplicação das imunidades e privilégios perante a jurisdição judicativa e prescritiva do Estado estrangeiro; 2) e, também, falaciosa, já que o conceito de representação do seu Chefe de Estado não se coaduna com os sistemas de governação contemporâneos⁸¹.

A teoria da extraterritorialidade – tendo, aliás, surgido, de igual forma, durante os séculos XVIII e XIX – foi apontada como uma alternativa à teoria da representação pessoal. Segundo a teoria da extraterritorialidade, o indivíduo é tratado como se ainda se encontrasse a habitar o Estado representado. As instalações essenciais ao desempenho da sua função representativa – Embaixadas – são consideradas autênticas extensões do território do Estado representado. Pretende-se, desta forma, justificar a existência da imunidade do indivíduo (e da propriedade do Estado representado) através da criação de uma ficção jurídica, assentando esta na preponderância da jurisdição do Estado representado sobre os seus nacionais (e sobre a sua propriedade), ainda que estes se encontrem (ou localizem) no território de um Estado estrangeiro. Esta teoria surgiu como possível interpretação jurídica, em matéria de imunidades, pelas mãos do Supremo Tribunal de Nova Iorque, no Caso *Wilson vs. Blanco*⁸². Têm sido diversas as críticas que circundam esta teoria, nomeadamente: 1) o facto de o termo “extraterritorialidade” estar sujeito a um conjunto indefinido de interpretações; 2) e, tal como a teoria da representação pessoal, revela-se incapaz de definir os contornos adequados relativamente ao âmbito e limites das imunidades e privilégios. Devemos ainda salientar que a aplicação desta teoria pressupõe que o fundamento das imunidades resulta, única e exclusivamente, da independência absoluta entre Estados soberanos, ignorando que, na realidade, a questão

⁸⁰ *The Schooner Exchange vs. M'Faddon*, List of United States Supreme Court Cases, Vol. 11, 1812, pp. 138 e 139. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/11/116/case.html>.

⁸¹ Numa monarquia seria facilmente identificável a pessoa representada, ou seja, o Rei. Contudo, nos sistemas democráticos, o poder estatal encontra-se dividido em poder executivo, legislativo e judicial, sendo uma tarefa difícil identificar qual a autoridade representada. Cf. ROBERT A. WILSON, ob. Cit., p. 115.

⁸² *Wilson vs. Blanco*, Supreme Court of New York, Vol. 56, 1889, p. 582.

das imunidades apenas tem sentido no âmbito da interdependência existente nas relações internacionais estabelecidas entre estes⁸³.

Actualmente, a jurisprudência e a doutrina, na sequência das críticas enunciadas, têm vindo a abandonar estas duas teorias, em prol da teoria da necessidade funcional⁸⁴. Esta última teoria resulta de uma nova abordagem que defende a existência das imunidades e privilégios como mecanismos essenciais para garantir o bom desempenho das funções das missões diplomáticas e das relações internacionais estabelecidas entre os Estados⁸⁵, não enquanto mecanismos orientados para benefício próprio dos indivíduos considerados. Razões de ordem prática ditam que o indivíduo deve exercer as suas funções oficiais sem que esteja constrangido pelo receio de qualquer tipo de instauração de processo civil ou criminal junto do Estado estrangeiro⁸⁶. Logo, podemos afirmar que apenas através destas imunidades e privilégios será possível aos indivíduos do Estado representado desempenhar as funções representativas que lhes são cometidas, assegurando-se assim a manutenção das relações internacionais entre Estados soberanos⁸⁷. Apesar da sua crescente importância, e consequente aceitação entre a jurisprudência e doutrina, esta teoria não escapa a algumas críticas. A principal objecção apontada prende-se com o facto de não ser ainda possível identificar de forma exaustiva quais são, efectivamente, as funções essenciais ao desempenho da actividade representativa junto do Estado estrangeiro – o que dificulta reconhecer os limites das próprias imunidades e privilégios⁸⁸. Não obstante, podemos afirmar que a teoria da necessidade funcional apresenta-se como a mais coerente e capaz de justificar a existência destes mecanismos no Direito internacional contemporâneo.

⁸³ ROBERT A. WILSON, ob. Cit., p. 117.

⁸⁴ *Ibidem*. Cf. também, ILC, como na nota 76, p. 21 (nota de rodapé 62).

⁸⁵ A Comissão responsável pela elaboração da CVRD adoptou soluções segundo a linha de pensamento estipulada pela teoria da necessidade funcional. Cf. ILC, como nota de rodapé 76, p. 21.

⁸⁶ ROBERT A. WILSON, ob. Cit., p. 118.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

2. Tipos de Imunidades

2.1. Imunidades Diplomáticas

As prerrogativas referentes às imunidades diplomáticas encontram-se codificadas na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas (CVRD) de 1961⁸⁹. Os Estados Partes desta Convenção salientam, desde logo, que “a finalidade de tais privilégios e imunidades não é beneficiar indivíduos, mas sim garantir o eficaz desempenho das funções das missões diplomáticas, em seu carácter de representantes dos Estados”⁹⁰.

Actualmente, a fundamentação destas imunidades e privilégios resulta da afirmação da doutrina do carácter funcional das imunidades (teoria da necessidade funcional), desenvolvida a partir do princípio *ne impediatur legatio*⁹¹. As imunidades diplomáticas são atribuídas como reconhecimento da independência e soberania do Estado representado – e da natureza pública dos seus actos que, dessa forma, não estão sujeitos à jurisdição do Estado estrangeiro –, e ainda, como protecção da missão diplomática (e respectivos membros), assegurando o desempenho das suas funções sem que haja qualquer tipo de interferência por parte do Estado estrangeiro⁹².

Afigura-se-nos pertinente a análise, ainda que breve, do regime das imunidades diplomáticas regulado pela CVRD. Em primeiro lugar, devemos enfatizar o facto de o estabelecimento de relações diplomáticas entre Estados – e o envio de missões diplomáticas permanentes – se efectuar somente por mútuo consentimento, tal como estatuído pelo art. 2.º da CVRD.

Um agente diplomático em funções usufrui de imunidade pessoal, bem como de imunidade funcional e – contrariamente ao Estado que representa – continua a gozar de imunidade absoluta em relação aos actos oficiais por ele praticados⁹³. O art. 31.º da CVRD consagra esta regra geral, estipulando que o agente diplomático goza de imunidade da

⁸⁹ Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas, de 18 de Abril de 1961, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48295, de 27 de Março de 1968.

⁹⁰ Preâmbulo da CVRD de 1961.

⁹¹ VINCENZO ROCCO SICARI, *O Direito das Relações Diplomáticas*, Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 126.

⁹² HAZEL FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 449.

⁹³ *Ibidem*, p. 451. No entanto, a mesma Autora salienta que um agente diplomático está sujeito a responsabilidade penal, ao contrário de um Estado.

jurisdição penal, civil e administrativa do Estado estrangeiro onde desempenhe as suas funções. Contudo, no mesmo preceito legal podemos encontrar enunciadas três excepções específicas⁹⁴ a esta regra geral, nomeadamente nos casos que envolvam: 1) uma acção real sobre imóvel privado situado no território do Estado estrangeiro, salvo se o agente diplomático o possuir por conta do Estado representado para os fins da missão; 2) uma acção sucessória na qual o agente diplomático figure, a título privado e não em nome do Estado, como executor testamentário, administrador, herdeiro ou legatário; 3) uma acção referente a qualquer actividade profissional ou comercial exercida pelo agente diplomático no Estado estrangeiro fora das suas funções oficiais.

A imunidade pessoal do agente diplomático cessa apenas no momento em que este abandone as suas funções junto do Estado estrangeiro. Após a cessação das suas funções, o agente diplomático apenas gozará de imunidade funcional, isto é, a imunidade irá ser restringida aos actos oficiais praticados – no exercício das suas funções – em nome do Estado representado. A imunidade conferida aos actos oficiais por ele praticados decorre da imunidade do Estado representado, tal como referido no *Caso Zoernsch vs. Waldock*⁹⁵ – não da imunidade do agente diplomático.

De acordo com Robert Wilson, existem algumas soluções – cláusulas de salvaguarda – capazes de impedir a prática de abusos por parte dos agentes diplomáticos⁹⁶. Em primeiro lugar, os tribunais do Estado representado são jurisdicionalmente competentes para julgar o seu agente. Assim, é possível instaurar um processo judicial contra esse mesmo agente junto dos tribunais do Estado representado, uma vez que a imunidade de jurisdição que lhe é conferida não tem relevância jurídica no foro doméstico⁹⁷. Outra solução consiste na possibilidade de o Estado representado poder, a qualquer momento, providenciar pelo levantamento expresse⁹⁸ da sua imunidade⁹⁹, aceitando desta forma o exercício de jurisdição pelos tribunais do Estado estrangeiro¹⁰⁰.

⁹⁴ De acordo com ROBERT A. WILSON, ob. Cit., pp. 122 e 123, estamos perante três excepções relativas à imunidade da jurisdição civil.

⁹⁵ HAZEL FOX, ob. Cit., p. 452.

⁹⁶ ROBERT A. WILSON, ob. Cit., pp. 133 e ss.

⁹⁷ Aliás, o art. 31.º, n.º 4, da CVRD sujeita o agente diplomático à jurisdição dos tribunais do Estado que representa.

⁹⁸ Apesar de não existir um consenso sobre a questão de o levantamento da imunidade poder ser implícito, é nosso entendimento que, pelo menos no âmbito das imunidades diplomáticas, terá de ser obrigatoriamente expresse, já que o art. 32.º, n.º 2, da CVRD estipula que “a renúncia será *sempre expressa*” (itálico nosso).

⁹⁹ O levantamento da imunidade diplomática não necessita do consentimento do agente.

¹⁰⁰ HAZEL FOX, ob. Cit., pp. 452 e 453.

Por último, devemos salientar, na esteira de Hazel Fox, que tem vindo a obter algum reconhecimento a ideia segundo a qual determinados indivíduos (agentes diplomáticos ou outros agentes do Estado com altos cargos de representação internacional) – quando cessem as suas funções oficiais – não poderão utilizar a imunidade funcional como obstáculo à jurisdição penal dos tribunais de um Estado estrangeiro, já que o Direito internacional tem vindo a reconhecer a possibilidade de remoção da imunidade funcional de um indivíduo quando estejamos perante a prática de “core crimes” – quer perante tribunais internacionais, quer perante tribunais nacionais de um Estado estrangeiro¹⁰¹.

2.2. Imunidades Jurisdicionais de um Estado

As imunidades jurisdicionais de um Estado dizem respeito à protecção conferida a um determinado Estado soberano, relativamente à instauração de processos judiciais junto de tribunais de outro Estado. Têm sido avançadas três razões como possíveis fundamentos para a existência destes mecanismos, designadamente: 1) os tribunais de um Estado estrangeiro não terem poder para executar as suas decisões contra outro Estado; 2) a independência e a igualdade entre Estados soberanos impedirem o exercício de jurisdição pelos tribunais de um Estado estrangeiro sobre os indivíduos, os actos e os bens de outro Estado; 3) um Estado dever gozar das mesmas imunidades reconhecidas a um Estado estrangeiro pelos seus próprios tribunais¹⁰². Assim, estas prerrogativas permitem-nos afirmar que, em princípio, um Estado soberano se encontra subtraído à jurisdição dos tribunais de um Estado estrangeiro¹⁰³. As imunidades de um Estado desempenham, essencialmente, três funções: 1) constituem um mecanismo capaz de assegurar o respeito pelo dever de não-ingerência nas relações entre Estados soberanos¹⁰⁴; 2) permitem distinguir entre os actos públicos e os actos privados de um Estado soberano; 3) e, por último, possibilitam a definição da jurisdição competente para resolver determinados casos que envolvam as actividades de um Estado soberano – na ausência de algum acordo

¹⁰¹ As razões que suportam esta nova ideia serão apresentadas nos Capítulos subsequentes.

¹⁰² HAZEL FOX, ob. Cit., p. 28.

¹⁰³ JOANNE FOAKES e ELIZABETH WILMSHURST, “State Immunity: The United Nations Convention and its effect”, *International Law Programme*, Chatham House, 2005, p. 1.

¹⁰⁴ Nomeadamente, quando um indivíduo (ou um Estado) pretenda intentar um processo judicial contra um Estado soberano, junto dos tribunais de um Estado estrangeiro.

internacional que defina essa jurisdição¹⁰⁵. Como iremos observar, a evolução deste tipo de imunidades tem vindo a revelar a superação da doutrina absoluta – caracterizada pela total protecção das actividades de um Estado soberano – adoptando-se, gradualmente, a doutrina restritiva em sua substituição – caracterizada pela consagração de algumas excepções à regra geral da imunidade de jurisdição de um Estado soberano perante os tribunais de um Estado estrangeiro.

Inicialmente, as imunidades jurisdicionais de um Estado eram perspectivadas segundo os parâmetros consagrados pela doutrina absoluta. Esta doutrina não reconhecia qualquer tipo de excepção àquelas imunidades, já que em causa estariam a soberania, independência e dignidade de um Estado. As regras que regulavam esta matéria resultavam sobretudo da prática jurisprudencial, já que na altura não existia qualquer tipo de legislação (ou tratado) sobre o assunto¹⁰⁶. À medida que as relações internacionais entre os Estados se foram desenvolvendo, a doutrina absoluta deixou de dar uma resposta adequada para algumas questões entretanto suscitadas, nomeadamente, para os casos em que o Estado actuava na sua veste privada.

Os sistemas jurídicos continentais¹⁰⁷, confrontados com novos desafios no âmbito das relações entre Estados, procuraram encontrar uma resposta adequada para os mesmos. Assim, no final do século XIX, surgiu a doutrina restritiva que – ao consagrar algumas excepções às imunidades jurisdicionais de um Estado – permitiu dar uma resposta mais adequada a essas problemáticas¹⁰⁸. De acordo com Hazel Fox, podemos identificar cinco factores que contribuíram significativamente para a mudança de paradigma: 1) a crescente responsabilização do Estado perante os seus próprios tribunais; 2) o aumento da actividade comercial entre Estados; 3) o acréscimo dos levantamentos das imunidades de jurisdição de um Estado, nomeadamente, nos casos de transacção de dívida pública; 4) o declínio da fundamentação deste tipo de mecanismos baseada na soberania e dignidade dos Estados; 5) e, a desigualdade no tratamento de sujeitos privados que encetassem qualquer negociação com os Estados, ainda que estes últimos actuassem sob a sua veste privada¹⁰⁹.

¹⁰⁵ HAZEL FOX, ob. Cit., pp. 1 e 2.

¹⁰⁶ SEVRINE KNUCHEL, “State Immunity And The Promise Of Jus Cogens”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 9, 2011, p. 150.

¹⁰⁷ Especialmente os sistemas jurídicos italiano, francês e alemão.

¹⁰⁸ HAZEL FOX, ob. Cit., p. 118.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

O sistema jurídico italiano foi um dos primeiros sistemas europeus a reconhecer a doutrina restritiva. Em Itália, foram diversos os casos que estabeleceram a distinção entre: o Estado enquanto Estado soberano (ente público); e o Estado enquanto sujeito de direito privado (ente civil); bem como, a distinção entre as actividades de natureza pública (*acta jure imperii*) e as actividades de natureza privada (*acta jure gestionis*) do Estado¹¹⁰. Nesta medida, foi-se estabelecendo uma regra, junto do Tribunal da Relação Italiano, segundo a qual um Estado apenas poderá usufruir de imunidades de jurisdição quando actue enquanto ente público e a sua actividade seja de natureza pública. Logo, quando um Estado actue enquanto sujeito de direito privado – isto é, ao mesmo nível de qualquer outro indivíduo – não poderá beneficiar daquelas prerrogativas que o eximem da jurisdição dos tribunais de um Estado estrangeiro¹¹¹.

Por sua vez, o sistema jurídico francês revelou-se mais reticente quanto à adopção da doutrina restritiva. Não obstante o Tribunal da Relação – no Caso *Gouvernement Espagnol vs. Casaux*¹¹² – ter decidido pela manutenção da doutrina absoluta, rapidamente surgiram outras decisões, relacionadas com casos de antigos Chefes de Estado e do próprio Estado enquanto sujeito privado (“*personne privée*”), que limitaram a existência das imunidades de jurisdição apenas em relação aos actos de autoridade pública (“*actes de puissance publique*”) do Estado¹¹³.

Por último, quanto ao sistema jurídico alemão, podemos afirmar que somente após a ratificação da Convenção de Bruxelas de 1926 é que os tribunais alemães começaram a aplicar a doutrina restritiva em relação a casos de direito marítimo e de direito privado. O caso mais importante neste âmbito foi, sem dúvida, o Caso *Empire of Iran* (1963) do Tribunal Constitucional Federal Alemão¹¹⁴.

Esta mudança de paradigma levou à identificação de determinadas regras e princípios que, hoje em dia, tendem a tornar-se cada vez mais claros. Ainda assim, não

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 119, ver nota de rodapé 150, Caso *Gutierrez vs. Elmilik* (1886). No mesmo sentido, cf. ILC, como na nota 76, p. 24.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 119.

¹¹² *Ibidem*, p. 120.

¹¹³ O Caso *Administration de Chemins de Fer du Gouvernement Iranien vs. Société Levant Express Transport* determinou a adopção da doutrina restritiva pelo sistema jurídico francês. Foram aplicados critérios de direito administrativo para distinguir entre a natureza e finalidade da actividade exercida pelo Estado. Assim, apenas as actividades de natureza pública ou que pretendessem defender um interesse público estariam abrangidas pelas imunidades de jurisdição de um Estado perante tribunais estrangeiros. *Ibidem*, pp. 120 e 121.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 122.

podemos afirmar que os contornos da doutrina restritiva se encontram completamente definidos¹¹⁵.

Os Estados são sujeitos de Direito internacional e as suas relações são reguladas pelo Direito internacional público. As regras relativas às imunidades de um Estado derivam quer do Direito consuetudinário, quer do Direito convencional e, ao contrário das imunidades diplomáticas, não existe uma convenção internacional multilateral, em vigor, a regular este âmbito¹¹⁶. No entanto, surge em 2004, a Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos seus Bens (CNUJEB) – que apesar de não se encontrar ainda em vigor – permite-nos identificar quais as orientações adoptadas pelos Estados no que diz respeito a esta matéria. Desde logo, podemos afirmar que “um Estado goza, em relação a si próprio e aos seus bens, de imunidade de jurisdição junto dos tribunais de um outro Estado” (art. 5.º CNUJEB). Estas imunidades são reconhecidas como um princípio de Direito internacional consuetudinário. Contudo, como resulta do art. 3.º, as excepções às imunidades de jurisdição consagradas na presente Convenção não afectam as imunidades diplomáticas de um Estado e as imunidades pessoais (*ratione personae*) dos Chefes de Estado, pelo que podemos afirmar que a Convenção foi negociada apenas para abranger questões relacionadas com a jurisdição civil ou administrativa – e não com a jurisdição penal¹¹⁷.

No que concerne às excepções a este princípio, devemos, em primeiro lugar, salientar que, tal como nos outros tipos de imunidades, o Estado poderá providenciar pelo levantamento das suas próprias imunidades de jurisdição¹¹⁸. As excepções consagradas pelo CNUJEB consistem, meramente, na codificação de excepções amplamente reconhecidas pelos Estados e pela prática jurisprudencial. Em primeiro lugar, de acordo com o art. 10.º da CNUJEB podemos afirmar que “se um Estado realizar uma transacção comercial com uma pessoa singular ou colectiva estrangeira e, em resultado das regras aplicáveis de direito internacional privado, as divergências relativas a essa transacção comercial forem submetidas à jurisdição de um tribunal de outro Estado, o Estado não

¹¹⁵ SEVRINE KNUCHEL, ob. Cit., p. 151.

¹¹⁶ Apesar da criação, em Dezembro de 2004, da Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e dos seus Bens (CNUJEB), esta não se encontra ainda em vigor, já que apenas 16 Estados signatários ratificaram a mesma até ao momento, sendo exigida a ratificação de pelo menos 30 Estados para que entre em vigor. Portugal assinou a Convenção, em 25 de Fevereiro de 2005, tendo sido aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 46/2006, e ratificada, no dia 14 de Setembro de 2006, pelo Decreto do Presidente da República n.º 57/2006.

¹¹⁷ No mesmo sentido, JOANNE FOAKES e ELIZABETH WILMSHURST, como nota de rodapé 103, p. 8.

¹¹⁸ HAZEL FOX, ob. Cit., p. 258.

pode invocar imunidade de jurisdição num processo judicial relativo à mesma transacção comercial”. Assim, resulta claro que um Estado não pode invocar imunidade de jurisdição perante outro Estado relativamente a um processo judicial que envolva uma transacção comercial¹¹⁹. No entanto, esta regra não se aplica às situações que envolvam transacções comerciais entre Estados ou quando as partes acordarem expressamente o contrário¹²⁰. De seguida, o art. 11.º da CNUJEB consagra a excepção relativa à celebração de contratos de trabalho. A menos que os Estados acordem em sentido contrário, um Estado não pode invocar imunidade de jurisdição, perante os tribunais de um Estado estrangeiro, nos casos que envolvam um contrato de emprego celebrado entre um Estado e um indivíduo para um trabalho realizado ou que se deveria realizar, em todo ou em parte, no território desse Estado estrangeiro¹²¹. Apesar de o âmbito de aplicação desta excepção parecer bastante alargado, devemos salientar que tal não passa de um logro, uma vez que o n.º 2 do art. 11.º da CNUJEB funciona como uma cláusula de salvaguarda – estabelecendo diversas excepções a este âmbito de aplicação. No que diz respeito a danos causados a pessoas e bens, estipula o art. 12.º da CNUJEB que “salvo acordo em contrário entre os Estados em questão, um Estado não pode invocar imunidade de jurisdição num tribunal de outro Estado que seja competente para julgar o caso num processo relacionado com uma indemnização pecuniária, em caso de morte ou de ofensa à integridade física de uma pessoa, ou em caso de dano ou perda de bens materiais causados por um acto ou omissão alegadamente atribuído ao Estado, se esse acto ou omissão ocorreu, no todo ou em parte, no território desse outro Estado e se o autor do acto ou omissão se encontrava nesse território no momento da prática do acto ou omissão”. Existem ainda cinco outras excepções consagradas nesta Convenção, nomeadamente nas seguintes matérias: 1) propriedade, posse e utilização de bens (art. 13.º); 2) propriedade intelectual e industrial (art. 14.º); 3) participação em sociedades ou outras pessoas colectivas (art. 15.º); 4) navios de que um Estado é proprietário ou explora (art. 16.º); 5) e, por último, efeitos de um acordo de arbitragem (art. 17.º).

A análise deste regime permite-nos retirar algumas conclusões. As imunidades jurisdicionais de um Estado e dos seus bens continuarão a originar intensos debates,

¹¹⁹ O conceito de transacção comercial encontra-se definido no art. 2.º, n.º 1, alínea c) da CNUJEB.

¹²⁰ Art. 10.º, n.º 2 da CNUJEB.

¹²¹ JOANNE FOAKES e ELIZABETH WILMSHURST, como na nota 103, p. 5.

essencialmente sobre o âmbito de aplicação das excepções – reconhecidas pelos Estados e pela prática jurisprudencial – a este princípio de Direito internacional consuetudinário.

Do nosso ponto de vista – e sintetizando as orientações aqui descritas –, o critério a utilizar para identificar as situações susceptíveis de constituírem uma excepção a este princípio, passará, fundamentalmente, pela avaliação da qualidade em que o Estado actue, bem como pela identificação da natureza e do escopo da actividade exercida pelo próprio Estado. Sempre que o critério demonstrar que um Estado, numa determinada situação específica, actuou na qualidade de ente privado – e a sua actividade for também ela privada em relação à sua natureza e escopo – podemos concluir pela inaplicabilidade das suas imunidades jurisdicionais.

Por último, e uma vez que a eventual responsabilidade criminal de um Estado não é regulada pela presente Convenção, deixamos uma questão em aberto, que procuraremos responder mais à frente: os tribunais de um determinado Estado, enquanto agentes da comunidade internacional, poderão decidir pela irrelevância das imunidades de jurisdição de um Estado relativamente à reparação devida pela prática de “core crimes”? Ou apenas um tribunal internacional independente terá legitimidade para avaliar a legalidade de tais actos?

2.3. Imunidades dos Chefes de Estado, dos Chefes do Governo e dos Ministros dos Negócios Estrangeiros

As imunidades dos Chefes de Estado¹²² – e de outras altas figuras com funções representativas do Estado nas suas relações internacionais – têm origem na imunidade pessoal dos monarcas¹²³. Durante os séculos XVII e XVIII, os monarcas gozavam de imunidade pessoal absoluta, já que personificavam o próprio Estado. A expressão que melhor caracteriza esta ideia é atribuída a Louis XIV: “*L’État, c’est moi*”¹²⁴. Uma vez que os monarcas não podiam sequer ser sujeitos à jurisdição dos tribunais do seu próprio

¹²² A fundamentação para a existência deste tipo de imunidades resulta do reconhecimento pelo direito internacional dos Chefes de Estado como as principais figuras de uma Nação.

¹²³ IAN SINCLAIR, “The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, Vol. 167, 1980, p. 121.

¹²⁴ ILC, como na nota 76, p. 23.

Estado¹²⁵, tal compreensão tornou-se universalmente aceite pelos restantes Estados, reconhecendo-se implicitamente a imunidade de um Chefe de Estado perante a jurisdição de tribunais estrangeiros – a sua sujeição a esta jurisdição seria incompatível com a sua dignidade e a dignidade do seu Estado¹²⁶.

A independência e dignidade de um Estado, bem como a protecção das funções representativas que um Chefe de Estado desempenhe no âmbito das relações internacionais, impedem o exercício de jurisdição por parte dos tribunais de um Estado estrangeiro sobre os representantes de um outro Estado¹²⁷. Apesar de, inicialmente, ser reconhecida imunidade absoluta aos monarcas, com a evolução do Direito internacional, este mecanismo foi sofrendo diversas alterações. Embora exista uma falta de imputação de responsabilidade criminal ao próprio Estado, tal facto não tem impedido o crescente desenvolvimento da responsabilização criminal dos indivíduos que representam esse mesmo Estado¹²⁸. Como defende Hazel Fox, actualmente, não devem existir quaisquer dúvidas sobre a irrelevância da qualidade oficial de um Chefe de Estado como defesa substantiva perante tribunais internacionais estabelecidos para julgar crimes de guerra e crimes contra a humanidade (“core crimes”). Isto é, a imunidade de um Chefe de Estado ou de outro alto representante do Estado, não pode funcionar como uma limitação da jurisdição prescritiva de outros Estados e, muito menos, das normas de Direito Internacional. Outra será a questão sobre a possibilidade da imunidade destes agentes funcionar como uma limitação da jurisdição judicativa dos tribunais de Estados estrangeiros, bem como de tribunais internacionais – ainda que estejamos perante a prática de “core crimes”.

Desde já, podemos adiantar que as imunidades destes indivíduos cessam no preciso momento em que estes abandonem os seus cargos públicos, ou seja, logo que deixem de exercer as suas funções, a imunidade de que gozavam deixará de existir. Porém, mais controversa é a problemática relativa à irrelevância destas imunidades quando os indivíduos ainda se encontram a desempenhar os seus cargos públicos.

Deixaremos esta e outras questões para uma análise mais à frente na nossa investigação.

¹²⁵ De acordo com Hazel Fox, tais mecanismos resultavam de previsões constitucionais desses Estados. HAZEL FOX, ob. Cit., p. 427.

¹²⁶ ILC, como na nota 76, p. 23.

¹²⁷ HAZEL FOX, ob. Cit., p. 427.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 429.

3. Conceito de Imunidades

As imunidades devem ser caracterizadas como um mecanismo legal cujo principal escopo se traduz na subtracção de certos indivíduos à jurisdição – prescritiva e/ou judicativa – competente de um determinado Estado e/ou órgão judicial¹²⁹.

Hoje em dia, a construção da distinção conceitual entre imunidades *ratione personae* e imunidades *ratione materiae* reúne um largo consenso entre Estados, órgãos judiciais e académicos¹³⁰. Como observaremos, a presente distinção permitir-nos-á abordar, de forma mais precisa, a controvérsia que ocupa a nossa dissertação, isto é, a questão da (ir)relevância das imunidades de direito internacional quando estejamos perante a prática de “core crimes”.

3.1. Imunidades Funcionais ou em razão da matéria (*ratione materiae*)

Estas imunidades pretendem proteger os funcionários de um determinado Estado, ou seja, baseiam-se na regra segundo a qual os Estados devem respeitar a organização interna de outros Estados, abstendo-se de qualquer tipo de ingerência na estrutura interna destes últimos, ou, até mesmo, de qualquer conduta que possa comprometer a fidelidade que os funcionários desse Estado devam ter para com ele¹³¹. Pedro Caeiro, no seguimento deste entendimento, descreve este tipo de imunidades de uma forma exemplar, afirmando que estas “eximem os funcionários de um Estado de responsabilidade criminal, perante tribunais estrangeiros, por factos praticados no exercício das suas funções, na medida em que se considera que, nesses casos, é o Estado, e não o funcionário, quem age”¹³². Assim sendo, os factos que provocariam a responsabilidade criminal do funcionário (perante a lei estrangeira) dão apenas lugar, eventualmente, à responsabilidade internacional do Estado em cujo nome ele actua¹³³ (embora continuem sujeitos à lei penal desse mesmo Estado)¹³⁴.

¹²⁹ ILC, como na nota 76, pp. 17 e 18.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 52.

¹³¹ ANTONIO CASSESE, *International Criminal Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2008, p. 303.

¹³² PEDRO CAEIRO, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: O Caso Português*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Wolters Kluwer, 2010, p. 363.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Contudo, esta regra não parece englobar as situações em que esse funcionário actue no território do Estado estrangeiro. Cf. PEDRO CAEIRO, como na nota 132, p. 363, nota 916, com especial atenção ao Caso *Rainbow*

As imunidades *ratione materiae* estão directamente relacionadas com a lei substantiva, dão cobertura aos actos oficiais – de direito e de facto – praticados pelo funcionário do Estado, não terminam com a cessação de funções por parte do funcionário em questão (os actos serão atribuídos ao Estado representado, nunca ao seu funcionário¹³⁵ – desde que estejam cumpridos os requisitos já analisados) e, por último, têm eficácia *erga omnes*, pois podem ser invocadas contra qualquer Estado¹³⁶. Contudo, estas imunidades cessam quando nos deparamos com crimes de direito internacional, isto porque os factos que integram aquele leque de crimes nunca podem constituir actos de Estado¹³⁷.

As imunidades funcionais implicam uma limitação da jurisdição prescritiva de um Estado (isto é, uma restrição do âmbito de aplicabilidade da sua lei penal), visto que seria de todo inoportável a pretensão de um Estado querer impor determinadas regras de conduta a um funcionário de um Estado estrangeiro que actue, no respectivo país, no âmbito do exercício das suas funções¹³⁸.

As imunidades funcionais são permanentes, logo, mantêm-se para além do exercício das funções que as justificam, isto é, o facto de o funcionário, que praticou determinados actos – considerados crime no Estado que pretendia a sua punição –, abandonar o cargo que lhe conferia a imunidade a que nos referimos, não implica a reactivação da pretensão penal por parte do Estado que pretendia a sua punição, visto que, ainda assim, os actos praticados consideram-se actos de Estado, ou seja, são actos do Estado que o funcionário representava.

Isto apenas é possível quando estejamos perante actos praticados no âmbito das funções do funcionário, já que, de outra forma, estaríamos a alargar demasiado a protecção conferida àquele funcionário, sem que pudéssemos justificar a existência de tal imunidade com o fundamento que acima referimos: o dever de não-ingerência nas relações entre Estados soberanos.

Warrior. Devemos concluir que, este tipo de imunidades, apenas têm eficácia quando o funcionário actue no território do Estado que representa.

¹³⁵ ANTONIO CASSESE, “When May Senior State Official Be Tried for International Crimes? Some comments on the Congo v. Belgium Case”, *European Journal of International Law*, 2002, p. 863.

¹³⁶ ANTONIO CASSESE, como na nota 131, p. 303 e 304.

¹³⁷ PEDRO CAEIRO, como na nota 132, p. 364.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 365.

3.2. Imunidades Pessoais ou em razão da pessoa (*ratione personae*)

Estas imunidades surgem para assegurar o normal desenvolvimento das relações internacionais entre os Estados. Através desta prerrogativa pretende-se garantir que determinados indivíduos, com funções representativas do Estado no exterior, possam desempenhar as suas funções livres de qualquer constrangimento por parte de um Estado estrangeiro, isto é, eximem – ainda que temporariamente – o indivíduo da sua responsabilidade criminal perante a lei de outro país¹³⁹.

Na esteira da distinção proposta por Antonio Cassese, podemos apontar cinco características a este tipo de imunidades: 1) estão relacionadas com a lei processual; 2) dão cobertura aos actos, oficiais e privados, levados a cabo pelo agente enquanto estiver no exercício de funções (o seu âmbito material abrange todos os actos praticados pelo indivíduo em causa – cometidos antes do início do desempenho do cargo, ou já no desempenho desse cargo, dentro ou fora do exercício das suas funções – e aqueles que podem integrar crimes contra o direito internacional)¹⁴⁰; 3) têm um âmbito subjectivo restrito, pois apenas protegem certas categorias de agentes do Estado¹⁴¹; 4) terminam no momento em que o agente cessar as suas funções oficiais; 5) não têm eficácia *erga omnes*¹⁴².

Podemos afirmar que, as imunidades pessoais, somente impedem o exercício concreto do poder punitivo dos Estados estrangeiros, isto é, encontramos aqui uma limitação da jurisdição judicativa dos Estados¹⁴³.

Como já mencionado, as imunidades pessoais – porque inerentes à função ou cargo desempenhados por determinado indivíduo – cessam no momento em que o agente deixar de exercer o respectivo cargo, permitindo a reactivação da jurisdição judicativa do Estado estrangeiro titular da pretensão punitiva contra o indivíduo¹⁴⁴. Esta reactivação poderá ser

¹³⁹ ANTONIO CASSESE, como na nota 131, p. 303 e 304; e PEDRO CAEIRO, como na nota 132, p. 364.

¹⁴⁰ PIERRE D'ARGENT, *Immunity of States officials and Obligation to prosecute*, in A. Peters, E. Lagrange, S. Oeter (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Proceedings of the Joint Conference of the French and German Societies for International Law, Martinus Nijhoff, 2013, disponível em: <http://hdl.handle.net/2078.1/133542>, p. 5 e 6.

¹⁴¹ Chefes de Estado, Primeiro-Ministro, Ministros dos Negócios Estrangeiros e Agentes Diplomáticos acreditados junto do Estado estrangeiro.

¹⁴² ANTONIO CASSESE, como na nota 131, p. 304.

¹⁴³ O agente encontra-se completamente vinculado à norma que preveja os actos por ele praticados, onde quer que tenham sido praticados.

¹⁴⁴ PEDRO CAEIRO, como na nota 132, p. 365. Podemos afirmar que, durante o período em que o agente exerce o cargo, a pretensão judicativa do Estado estrangeiro como que se encontra num estado de dormência.

antecipada nos casos em que os Estados decidam, através de acordos por eles celebrados, pela irrelevância das imunidades – uma vez que estas não possuem carácter peremptório, podem ser objecto de limitação por parte dos seus titulares, isto é, os Estados¹⁴⁵.

Em jeito de conclusão, de acordo com o perfilhado por Pedro Caeiro, assim se permite explicar que as imunidades pessoais valham até contra crimes de direito internacional: a prevenção e repressão de tais crimes cede temporariamente o passo, neste ponto, à estabilidade das relações internacionais¹⁴⁶.

¹⁴⁵ PIERRE D'ARGENT, ob. Cit., p. 7. Ver, no mesmo sentido, EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público – Sujeitos e Responsabilidade*, Vol. II, Almedina, 2004, p. 152.

¹⁴⁶ PEDRO CAEIRO, como na nota 132, p. 366. É ainda importante referir, concordando com o Autor, que esta cedência temporária não é absoluta. A excepção a esta situação resulta de uma decisão em contrário da comunidade internacional: esta pode criar tribunais internacionais – v.g., os Tribunais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda e o TPI –, perante os quais estas imunidades são irrelevantes (as imunidades apenas operam a nível horizontal, não a nível vertical).

III

As Imunidades de Direito Internacional e os Tribunais Nacionais

1. O Caso Pinochet

O Caso *Pinochet* revela-se um dos precedentes judiciais mais paradigmáticos no âmbito das imunidades de direito internacional. Tal como refere Carlota Almeida, o caso é susceptível de “constituir um poderoso precedente a nível do direito internacional penal, na medida em que requer uma tomada de posição relativamente a duas questões essenciais para a configuração das relações entre os Estados: o âmbito do conceito de crime contra a humanidade e o valor e alcance das imunidades políticas”¹⁴⁷.

No ano de 1998, foram apresentados dois mandados de detenção internacionais pelas autoridades judiciais espanholas, via Interpol, junto de dois magistrados britânicos. O primeiro, datado de 16 de Outubro, continha acusações relativas ao cometimento de vários crimes de homicídio (genocídio) de cidadãos espanhóis em território chileno. Por sua vez, o segundo mandado, com a data de 22 de Outubro, indiciava Pinochet pela prática dos crimes de tortura e sequestro¹⁴⁸. Na sequência destes mandados, a Polícia Metropolitana Britânica procedeu à detenção de Augusto Pinochet, que se encontrava, à data, internado num hospital em Londres.

A defesa de Pinochet, inconformada com a sua detenção, apresentou um pedido de *habeas corpus* junto do Tribunal Superior de Justiça Britânico. Este, através do *Lord Chief Justice*¹⁴⁹, em resposta àquele *habeas corpus*, desconstruiu, de forma notória, o primeiro mandado de detenção, uma vez que as acusações imputadas a Pinochet envolviam a prática

¹⁴⁷ CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “Um Exemplo de Jurisprudência Penal Internacional: o Caso Pinochet”, in Maria Fernanda Palma/Carlota Pizarro de Almeida/José Manuel Vilalonga (coords.) *et alii*, *Casos e Materiais de Direito Penal*, 2000, p. 289.

¹⁴⁸ DAVID TURNS, “Pinochet’s fallout: jurisdiction and immunity for criminal violations of international law”, *Legal Studies* 20-4, 2000, p. 574.

¹⁴⁹ *RE: Augusto Pinochet Ugarte*, High Court of Justice (Queen’s Bench Division), Great Britain (UK), Case Number CO/4074/98, Judgment 28 October 1998. Disponível em: <http://competenceuniverselle.files.wordpress.com/2011/07/high-court-of-justice-28-october-1998.pdf>.

de um crime que não poderia dar origem a um processo de extradição, nomeadamente, porque dois dos requisitos, exigidos pela Lei Britânica sobre Extradição de 1989¹⁵⁰, não se encontravam preenchidos: 1) o requisito da territorialidade¹⁵¹, presente no art. 2.º, n.º 1, alínea a) daquela lei; e 2) a condição prevista no art. 2.º, n.º1, alínea b) da mesma lei, que, por sua vez, exigia o respeito pelo princípio da dupla incriminação¹⁵². No que diz respeito ao segundo mandado, a decisão deste Tribunal constatou que, apesar de os crimes em questão serem considerados “extraditáveis”, o ex-Chefe de Estado gozava de imunidade funcional no que concerne aos actos por ele praticados. Aliás, a fundamentação subjacente a esta conclusão – obtida através de uma leitura e interpretação conjunta dos preceitos normativos constantes do art. 20.º da Lei sobre as Imunidades dos Estados¹⁵³ e do art. 39.º, n.º 2 da CVRD – chega ao ponto de sustentar que estas normas conferem ao ex-Chefe de Estado uma imunidade *ratione materiae* (vitalícia) relativamente a todos os actos praticados enquanto desempenhou aquele cargo (inclusivamente, todos aqueles actos considerados moralmente repugnantes ou, até mesmo, horroríficos)¹⁵⁴.

1.1. A Primeira Decisão da Câmara dos Lordes de 25 de Novembro de 1998¹⁵⁵ (Pinochet I)

No seguimento daquela decisão, o Ministério Público da Coroa Britânica recorreu (em nome do Governo Espanhol) para a Câmara dos Lordes. No dia 25 de Novembro de 1998, esta – com uma maioria de três votos contra dois¹⁵⁶ – decidiu anular a decisão do Tribunal Superior, declarando que não podia ser reconhecida qualquer imunidade a Pinochet. Na nossa opinião, uma análise detalhada dos argumentos apresentados pelos Lordes permitir-nos-á identificar a motivação subjacente a esta decisão.

¹⁵⁰ *Extradition Act 1989*. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/33/contents>.

¹⁵¹ Os homicídios não foram cometidos em território espanhol.

¹⁵² Um homicídio cometido por um indivíduo estrangeiro, contra um cidadão britânico, fora do território do Reino Unido, não era considerado crime pela lei britânica.

¹⁵³ *State Immunity Act 1978*. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>.

¹⁵⁴ DAVID TURNS, como na nota 148, pp. 574 e 575.

¹⁵⁵ *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others ex parte Pinochet / Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others ex parte Pinochet*, House of Lords, Great Britain (UK), Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause, 25 November 1998. Disponível em: <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/855>.

¹⁵⁶ Três votos favoráveis dos Lordes Hoffman, Nicholls e Steyn. Dois votos contra dos Lordes Slynn e Lloyd.

O “voto de vencido” do Lorde Slynn of Hadley pode ser dividido em três pontos principais: 1) valoração da imunidade *ratione materiae*; 2) jurisdição universal enquanto possível excepção às imunidades; e 3) estado actual dos crimes de direito internacional. Em primeiro lugar, este Lorde apresentou uma fundamentação – na linha da argumentação oferecida pela decisão objecto de recurso – segundo a qual a imunidade funcional abrange todos os indivíduos que actuem no exercício da sua autoridade soberana, ou seja, na sua opinião, os actos praticados por Pinochet enquadravam-se no exercício das suas funções enquanto Chefe de Estado, logo, em virtude de a imunidade *ratione materiae* ter sido construída para proteger os actos oficiais, apenas se podia concluir pela inatacabilidade dos mesmos. De seguida, este Lorde procurou abordar a controvérsia do ponto de vista da irrelevância da imunidade funcional operada pela existência de jurisdição universal relativamente aos crimes *sub judice*, tendo concluído, porém, que a ausência de um consenso nesta matéria, ainda não possibilitava que os tribunais nacionais exercessem a sua jurisdição ignorando a imunidade *ratione materiae* com base naquela prerrogativa – na sua opinião, a limitação ou remoção da imunidade de um indivíduo apenas seria possível se existissem disposições legais, no direito nacional, que incorporassem as normas de um tratado internacional que dispusesse nesse sentido¹⁵⁷. Por último, no que diz respeito aos crimes de direito internacional, considerou que apesar de o entendimento, segundo o qual determinados crimes devem ser sempre julgados, ter assumido uma grande preponderância no seio da comunidade internacional, tal facto, não lhe permite ainda, todavia, reconhecer a existência de uma base legal capaz de sustentar a anulação da imunidade tradicionalmente reconhecida a um Chefe de Estado (ou ex-Chefe de Estado).

Por sua vez, o Lorde Lloyd of Berwick, tendo adoptado uma visão marcadamente conservadora¹⁵⁸, defendeu que Pinochet “havia actuado dentro da sua capacidade soberana”, pelo que os actos deveriam ser atribuídos ao Estado e não ao indivíduo que o representava. Mais uma vez, deparamo-nos com um argumento decorrente das características constitutivas da imunidade *ratione materiae*¹⁵⁹. A sua fundamentação baseou-se na ideia (ultrapassada) que perspectivava as imunidades de um ponto de vista

¹⁵⁷ DAVID TURNS, como na nota 148, p. 576. Este Autor salienta que o Lord Slynn, ainda que de forma implícita, equipara, de forma errada, a inexistência de jurisdição universal relativamente a certos crimes (v.g. nos casos de genocídio ou crimes de guerra) com a inexistência de restrições às imunidades de determinados indivíduos acusados da prática de tais crimes: são questões totalmente distintas.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ Ver *supra* ponto 3.1. do Capítulo II.

absoluto, ou seja, na sua opinião, apenas os actos considerados privados estariam fora do âmbito de aplicação daquele mecanismo e, tendo em conta que os actos de Pinochet foram praticados na qualidade de representante do Estado, apenas poderíamos concluir pela manutenção, de acordo com os princípios de direito internacional reconhecidos em Inglaterra, da sua imunidade funcional enquanto ex-Chefe de Estado. Discordamos totalmente desta opinião, já que consideramos, tal como defende David Turns, que “subscrever uma visão tão antiquada quanto a apresentada pelo Lorde Lloyd equivale a subverter a evolução registada no âmbito da responsabilidade criminal individual no direito internacional, uma vez que os Estatutos do Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda, bem como o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, negam expressamente qualquer imunidade dos Chefes de Estado quando estejam em causa crimes sobre os quais tenham jurisdição”¹⁶⁰. Por último, devemos acrescentar que este Lorde concordou somente quanto à existência de tribunais apropriados para julgar e punir indivíduos como Pinochet, nomeadamente, os tribunais nacionais do seu Estado, os tribunais de outros Estados após o Chile ter levantado as imunidades daquele indivíduo, o Tribunal Penal Internacional (após a sua criação¹⁶¹) e, por último, um tribunal internacional especialmente criado para o efeito pela ONU.

Passemos agora à análise dos argumentos que serviram de fundamento à decisão adoptada no sentido da irrelevância das imunidades de Pinochet.

O Lorde Nicholls of Birkenhead reconheceu que, inicialmente, uma leitura conjugada da Lei sobre as Imunidades dos Estados com a CVRD¹⁶², apontava no sentido da manutenção da imunidade *ratione materiae* de Pinochet como ex-Chefe de Estado. Contudo – e apesar de os actos praticados terem-no sido, no exercício das suas funções como Chefe de Estado, utilizando o poder do Estado¹⁶³ – este Lorde entendeu que o direito internacional não construiu as imunidades para que servissem o propósito de proteger determinados indivíduos acusados da prática de crimes de direito internacional. Aliás, tal concepção seria, no mínimo, considerada contrária ao próprio direito internacional, já que aqueles actos, além de não se poderem subsumir na esfera das funções normais de um Estado, são classificados como crimes de direito internacional¹⁶⁴. Este raciocínio é

¹⁶⁰ DAVID TURNS, como na nota 148, p. 576.

¹⁶¹ O TPI apenas foi estabelecido no ano de 2002. Cf. *infra*, Capítulo IV.

¹⁶² Tal como fizeram os Lordes na decisão objecto de recurso e ora sob apreciação.

¹⁶³ CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, como na nota 147, p. 298.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

merecedor da nossa concordância, uma vez que, no nosso entender, seria totalmente inconcebível que o direito internacional tipificasse determinadas condutas como crimes e, simultaneamente, fizesse operar as prerrogativas que caracterizam a imunidade *ratione materiae* relativamente a indivíduos acusados da prática daqueles crimes hediondos. Esta aplicação traduzir-se-ia numa consequente impunidade daqueles infractores, já que a imunidade *ratione materiae*, como sabemos, não comporta qualquer limite temporal. De igual forma, não seria possível explicar a tipificação de determinados crimes de direito internacional – cujos requisitos se prendem com a actuação dentro da capacidade oficial de certos indivíduos¹⁶⁵.

Por sua vez, o Lorde Steyn criticou amplamente a decisão recorrida, afirmando que defender que as imunidades de direito internacional são insusceptíveis de limitação, independentemente da natureza hedionda dos crimes envolvidos, equivaleria a concluir que as ordens de Hitler, no âmbito da denominada “Solução Final”, apenas poderiam ser consideradas actos oficiais, pelo que também este indivíduo gozaria de imunidade *ratione materiae* – logo, seguindo esta linha de raciocínio, facilmente concluímos que nunca poderia ser responsabilizado pelos actos cometidos¹⁶⁶. A proposta deste Lorde passou pela criação de uma fronteira entre actos oficiais praticados dentro das funções como Chefe de Estado e actos praticados por um Chefe de Estado, em virtude da sua função oficial, mas que não possam ser classificados como oficiais, isto é, na sua opinião, determinados actos como o genocídio, a tortura, o sequestro e os crimes contra a humanidade em geral, considerados crimes pelo direito internacional, devem ser punidos, uma vez que não podem ser considerados actos praticados por um Chefe de Estado no exercício normal das suas funções¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Veja-se, por exemplo, o art. 1.º, n.º 1 da Convenção contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 11/88, de 21 de Maio, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 57/88, de 20 de Julho, com entrada em vigor no dia 11 de Março de 1989: “1. Para os fins da presente Convenção, o termo «tortura» significa qualquer acto por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um acto que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um **agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial**, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito. Este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados.” (Negrito e Sublinhado nossos).

¹⁶⁶ DAVID TURNS, como na nota 148, p. 577.

¹⁶⁷ *Ibidem*. No mesmo sentido, CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, como na nota 147, p. 298.

A última declaração, da autoria do Lorde Hoffman, uma vez que não levanta qualquer tipo de argumentação inovadora, comparativamente aos argumentos até agora apontados, não irá ser objecto de análise¹⁶⁸.

1.2. A Segunda Decisão da Câmara dos Lordes de 17 de Dezembro de 1998 (Pinochet II)

Apesar de o Lorde Hoffman se ter limitado a aderir aos argumentos apresentados pelos colegas, especialmente aqueles utilizados pelo Lorde Nicholls, a sua participação naquele julgamento foi decisiva para o sucesso da impugnação apresentada pela defesa de Pinochet. Esta utilizou o facto de o Lorde Hoffman ter tido ligações à Amnistia Internacional – considerada associação não neutra perante este tipo de problemáticas – para invocar a nulidade da decisão¹⁶⁹. Assim, no dia 17 de Dezembro, a Câmara dos Lordes, diferentemente constituída, decidiu unanimemente pela anulação da decisão de 25 de Novembro, declarando que o Lorde Hoffman, pelas razões apontadas, ao ter participado do julgamento de Pinochet, violou o princípio legal *nemo iudex in causa sua*¹⁷⁰.

Apesar de ter sido anulada, a primeira decisão não deixou de ter um grande impacto nas ordens jurídicas contemporâneas. Pela primeira vez na história, um ex-Chefe de Estado foi sujeito a um processo criminal – ainda que de extradição – perante os tribunais nacionais de um Estado estrangeiro que não detinha qualquer tipo de interesse directo na instauração daquele processo¹⁷¹.

¹⁶⁸ “My Lords, I have had the advantage of reading in draft the speech of my noble and learned friend Lord Nicholls of Birkenhead and for the reasons he gives I too would allow this appeal”. Cf. Decisão, como na nota 155, última página.

¹⁶⁹ KERRY CREQUE O’NEILL, “A New Customary Law of Head of State Immunity?: Hirohito and Pinochet”, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 38, 2002, p. 308.

¹⁷⁰ Ninguém pode ser Juiz em causa própria. Para uma análise mais aprofundada deste princípio, cf. FINÍN O’BRIEN, “*Nemo Iudex in Causa Sua*: Aspects of the No-Bias Rule of Constitutional Justice in Courts and Administrative Bodies”, *Irish Journal of Legal Studies*, Vol. 2, 2011, pp. 26 e ss.

¹⁷¹ DAVID TURNS, como na nota 148, p. 578.

1.3. A Terceira Decisão da Câmara dos Lordes de 24 de Março de 1999¹⁷² (Pinochet III)

Os Lordes que presidiram o terceiro julgamento contra Pinochet – apesar de considerados mais conservadores do que os seus predecessores – decidiram¹⁷³ que não poderia ser reconhecida qualquer tipo de imunidade àquele indivíduo, uma vez que as regras da Convenção contra a Tortura determinavam a irrelevância da sua qualidade oficial relativamente a este tipo de crime¹⁷⁴.

Em primeiro lugar, devemos salientar que o conjunto de crimes de que Pinochet vinha acusado foi objecto de uma limitação quantitativa considerável, uma vez que os Lordes, ao aplicarem o princípio da dupla incriminação, constataram que a extradição de um indivíduo, acusado da prática de crimes num território estrangeiro, apenas poderia ser levada a cabo se os actos de que vinha acusado fossem considerados, ao tempo do seu cometimento, crimes de acordo com a lei do Reino Unido¹⁷⁵.

A limitação quantitativa do conjunto de crimes de que Pinochet vinha acusado não foi a única novidade apresentada pelos Lordes, já que estes também procederam a uma limitação qualitativa do âmbito do julgamento, pois limitaram-se a examinar a questão da imunidade apenas relativamente aos crimes de tortura. Esta limitação qualitativa resultou, essencialmente, do facto de terem utilizado, como base argumentativa, as disposições constantes da Convenção contra a Tortura para justificar a irrelevância da imunidade funcional de Pinochet. No que diz respeito aos outros crimes de que vinha acusado, nomeadamente os crimes de genocídio de cidadãos espanhóis, consideraram, a nosso ver mal, que ninguém apresentou argumentos capazes de sustentar a inaplicabilidade das regras ordinárias sobre as imunidades quanto a essas acusações. Ou seja, uma vez que as disposições constantes da Convenção contra a Tortura apenas abrangem o crime de tortura, a lógica argumentativa, suportada pelas disposições daquela Convenção, não teria qualquer

¹⁷² *Regina (the Crown) v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others ex parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others ex parte Pinochet*, House of Lords, Great Britain (UK), Judgment 24 March 1999. Disponível em: <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/790>.

¹⁷³ Maioria de seis votos a favor e apenas um contra.

¹⁷⁴ KERRY CREQUE O'NEILL, como na nota 169, p. 308.

¹⁷⁵ *Ibidem*. Uma vez que o Reino Unido apenas ratificou a Convenção contra a Tortura em Dezembro de 1988, a aplicação deste princípio limitou o alcance dos crimes de que Pinochet vinha acusado àqueles praticados nos últimos quinze meses da sua ditadura.

aplicabilidade relativamente aos outros crimes, que se encontram excluídos do seu âmbito de aplicação. Assim sendo, quanto a estes últimos as imunidades de direito internacional continuariam a vigorar¹⁷⁶.

No seguimento do modelo de análise até aqui apresentado, passaremos agora à análise das posições dos vários Lordes.

Tal como salientou o Lorde Browne-Wilkinson, o ponto principal deste julgamento “te[ve] uma importância internacional considerável já que, [ao não ser] reconhecida qualquer imunidade ao Senador Pinochet em relação aos alegados actos de tortura, ocorridos após 29 de Setembro de 1988, [foi] a primeira vez, tanto quanto sab[iam] os membros [daquela] Câmara, que um tribunal nacional recus[ou] o reconhecimento de imunidade a um Chefe de Estado ou a um ex-Chefe de Estado com base no argumento segundo o qual não podem existir imunidades quando estejam em causa acusações relacionadas com a prática de determinados crimes de direito internacional”¹⁷⁷.

No que diz respeito à questão das imunidades, podemos dividir as opiniões dos Lordes em duas principais escolas de pensamento¹⁷⁸.

A primeira escola, composta pelos Lordes Browne-Wilkinson, Saville e Phillips, defendeu a incompatibilidade entre as imunidades e as disposições, propósitos e objectivos do direito internacional aplicável¹⁷⁹. De acordo com a opinião do Lorde Browne-Wilkinson, a introdução do mecanismo da jurisdição universal¹⁸⁰ pela Convenção contra a Tortura¹⁸¹, conduziu à emergência de uma obrigação internacional, vinculativa de todos os Estados Partes daquela Convenção, traduzida no dever de erradicação do crime de tortura. Este Lorde explorou um dos argumentos, apresentado pelo Lorde Slynn na decisão Pinochet I, segundo o qual a existência de jurisdição universal, relativamente a determinado tipo de crimes, conduz à irrelevância das imunidades de direito internacional, inconciliáveis com esta atribuição de competência jurisdicional. Para além deste argumento principal, este Lorde acrescentou ainda que a Convenção previa – na definição

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ DAVID TURNS, como na nota 148, p. 584.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 585.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ “Worldwide universal jurisdiction”. Cf. KERRY CREQUE O’NEILL, como na nota 169, p. 309.

¹⁸¹ O Lorde Browne-Wilkinson determinou que a Convenção contra a Tortura – ratificada pelo Reino Unido em 1988 e pelo Chile em 1998 – estabeleceu a jurisdição universal relativamente a este tipo de crime. Assim sendo, a imunidade de Pinochet não poderia ter qualquer tipo de consequência jurídica perante os tribunais nacionais do Reino Unido, uma vez que estes tribunais tinham jurisdição universal sobre os crimes de que Pinochet vinha acusado. *Ibidem*, p. 309.

de tortura – o cometimento do crime por agentes oficiais¹⁸², pelo que a existência de uma imunidade (funcional) baseada na qualidade oficial dos actos do indivíduo suspeito da prática de um crime de tortura seria legalmente perversa. Por sua vez, o Lorde Phillips of Worth Matravers considerou que as imunidades de direito internacional não foram pensadas para proteger a actuação ilegal de determinados agentes oficiais, aliás, na sua opinião, os actos susceptíveis de constituírem crimes de direito internacional não se enquadram no âmbito das funções públicas que atraem a imunidade. Assim sendo, na opinião deste Lorde, o desenvolvimento progressivo do direito internacional penal não permite identificar a existência de uma regra de direito internacional segundo a qual os actos que constituam crimes de direito internacional se encontram protegidos pelas disposições relativas à imunidade *ratione materiae* – bem pelo contrário, na sua opinião, um crime de direito internacional será ainda mais censurável quando cometido por um agente do Estado¹⁸³.

A segunda escola – constituída pelos Lordes Hope, Hutton e Millet – concentrou a sua fundamentação no facto da proibição do crime de tortura ter carácter de norma de *jus cogens* de acordo com o direito internacional – tendo a Convenção contra a Tortura procedido apenas à codificação de uma regra já existente naquele âmbito¹⁸⁴. De acordo com Lorde Hope of Craighead, a obrigação internacional – decorrente da violação da proibição do crime de tortura – é tão forte que acabaria por se sobrepôr a qualquer imunidade, isto é, na sua opinião, a violação de uma norma de *jus cogens* daria origem a uma obrigação *erga omnes*, pelo que todos os Estados estariam obrigados, pelo direito internacional, a perseguir e acusar os responsáveis pela violação ocorrida. Este entendimento foi subscrito pelo Lorde Hutton, que considerou, de igual forma, que o Chile, ao ratificar a Convenção contra a Tortura, comprometeu-se a não invocar qualquer tipo de imunidade quanto a este tipo de crime, isto é, este Lorde considerou que o Chile renunciou, implicitamente, às imunidades conferidas aos seus Chefes de Estado sempre que estejam em causa acusações da prática de crimes de tortura¹⁸⁵. Estes Lordes entenderam que, dentro dos limites estabelecidos pela Convenção contra a Tortura, a prática de crimes, classificados pelo direito internacional como crimes contra a humanidade (cujas

¹⁸² Também o Lorde Saville adoptou estes entendimentos. Já o Lorde Nicholls havia chamado a atenção para esta circunstância. Cf. *supra*, nota 165.

¹⁸³ DAVID TURNS, como na nota 148, p. 585.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 586.

¹⁸⁵ *Ibidem*. No mesmo sentido, KERRY CREQUE O'NEILL, como na nota 169, p. 309.

disposições normativas são consideradas normas de *jus cogens*), não pode ser considerada como acto oficial desempenhado em nome do Estado. Logo, uma vez que os actos praticados por Pinochet não podiam ser encarados enquanto actos oficiais, este não podia gozar de imunidade *ratione materiae*¹⁸⁶. Por último, a opinião mais inovadora, da autoria do Lorde Millett, considerou que o crime de tortura, estando sujeito à jurisdição universal dos Estados imposta pelo direito internacional costumeiro, seria suficiente para justificar a jurisdição competente dos tribunais nacionais do Reino Unido. Na sua perspectiva, o direito internacional não poderia criar uma norma de *jus cogens* relativamente a determinada conduta criminal e, ao mesmo tempo, estabelecer imunidades capazes de obstar à aplicação daquela norma imperativa. Contrariamente aos seus colegas, defendeu que o direito britânico havia adoptado a regra da jurisdição universal muito antes da sua ratificação da Convenção contra a Tortura, pelo que o princípio da dupla incriminação não deveria ter sido aplicado nesta situação. Numa passagem muito convincente salientou que “Every state has jurisdiction under customary international law to exercise extra-territorial jurisdiction in respect of international crimes which satisfy the relevant criteria. Whether its courts have extra-territorial jurisdiction under its internal domestic law depends, of course, on its constitutional arrangements and the relationship between customary international law and the jurisdiction of its criminal courts. The jurisdiction of the English criminal courts is usually statutory, but it is supplemented by the common law. Customary international law is part of the common law, and accordingly I consider that the English courts have and have always had extra-territorial criminal jurisdiction in respect of crimes of universal jurisdiction under customary international law”.

Assim, podemos concluir que a sua extradição para Espanha seria legal. No entanto, a extradição nunca teve lugar, já que o Chile solicitou que uma junta médica avaliasse a capacidade de Pinochet para enfrentar um julgamento, tendo aqueles médicos pronunciado-se a favor do regresso de Pinochet ao Chile.

Tal como na decisão Pinochet I, os Lordes da decisão III evitaram a determinação explícita relativamente à superação da doutrina tradicional, no âmbito do direito internacional costumeiro, das imunidades dos Chefes de Estado, pela afirmação da doutrina restritiva que prevê que os crimes de direito internacional constituem uma excepção àquelas imunidades. Não obstante, na nossa opinião, tal como referiu o “Home

¹⁸⁶ KERRY CREQUE O’NEILL, como na nota 169, p. 309.

Secretary” britânico, durante o debate da “House of Commons”, o princípio da jurisdição universal relativamente a crimes tão sérios quanto a tortura encontra-se estabelecido, bem como, o princípio da irrelevância da qualidade oficial, isto é, das imunidades de ex-Chefes de Estado acusados da prática de tais crimes¹⁸⁷.

Concordamos ainda com Carlota Almeida quando afirma que “a *vexata quaestio* aqui abordada – a saber, o âmbito do *jus puniendi* dos Estados em matéria de crimes contra a humanidade – encontrou resposta em Outubro de 1999, no sentido de admitir que há crimes de supra direito positivo, cuja punibilidade não depende das normas de direito interno, antes devendo ser perseguidos por todos os Estados civilizados, porque são ofensivos de uma consciência colectiva. Destaquem-se as declarações de Lord Millett no sentido de que “a forma como um Estado trata os seus cidadãos no seu próprio território tornou-se objecto de legítimo interesse para a comunidade internacional”.

Em jeito de conclusão, podemos afirmar que as decisões da Câmara dos Lordes (Pinochet I e III) têm o potencial para servir de precedentes judiciais quando questões relativas à interpretação do estado das imunidades de outros ex-Chefes de Estado se levantem junto de tribunais nacionais de outros Estados¹⁸⁸.

2. O Caso Gaddafi

O caso contra Muammar Abu Minyar al-Gaddafi¹⁸⁹, proclamado líder da Grande Revolução da Jamahiriya Popular Socialista da Líbia, teve origem na condenação¹⁹⁰ de seis cidadãos líbios¹⁹¹ pelo atentado terrorista ocorrido a 19 de Setembro de 1989 – que originou a morte de 156 passageiros e 15 membros da tripulação do voo DC-10 da UTA Airline, dentre eles alguns cidadãos franceses. Com base neste julgamento, uma Organização Não-Governamental¹⁹² e alguns familiares das vítimas daquele atentado decidiram avançar com um processo-crime contra o líder líbio, já que suspeitavam do

¹⁸⁷ DAVID TURNS, como na nota 148, p. 588.

¹⁸⁸ J. CRAIG BARKER, COLIN WARBRICK e DOMINIC MCGOLDRICK, “The Future of Former Head of State Immunity after ex parte Pinochet”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, n.º 4, 1999, p. 949.

¹⁸⁹ Muammar al-Gaddafi faleceu no dia 20 de Outubro de 2011, em Sirte (último reduto dos seus partidários).

¹⁹⁰ O “Cour d’Assises” condenou-os por contumácia.

¹⁹¹ Membros dos Serviços Secretos da Líbia.

¹⁹² Associação S.O.S. ATTENTATS.

envolvimento do seu Governo naquele atentado. O Juiz de Instrução do “Tribunal de Grande Instance” de Paris, responsável pelo caso, decidiu acusar Gaddafi por cumplicidade na prática de actos terroristas¹⁹³. O Ministério Público recorreu, desta primeira decisão, junto da “Chambre d’Accusation” do “Cour d’Appel” de Paris que, no dia 20 de Outubro de 2000¹⁹⁴, confirmou as acusações contra Gaddafi. De acordo com esta decisão, determinadas Convenções Internacionais ratificadas pela França (v.g. a Convenção de Londres de 8 de Agosto de 1945 que criou o Tribunal de Nuremberga, o Estatuto do Tribunal Militar de Tokyo aprovado em 19 de Janeiro de 1946, entre outras), acompanhadas de diversas decisões judiciais com impacto internacional, nomeadamente o Caso *Pinochet* e o Caso *Noriega*, constituíam a prova de uma prática geral aceite por todos, incluindo a França, que determinava que as imunidades apenas abrangiam os actos de poder público ou de administração pública, desde que estes não fossem considerados crimes internacionais¹⁹⁵. Assim sendo, os actos de Gaddafi, uma vez que se enquadravam na esfera do que podemos classificar como crimes internacionais, não seriam susceptíveis de integrar as funções normais de um Chefe de Estado.

O Ministério Público, insatisfeito com a decisão daquele Tribunal, decidiu apresentar recurso, junto do “Cour de Cassation”, alegando que estava em causa a violação do princípio da imunidade dos Chefes de Estado.

No dia 13 de Março de 2001, o “Cour de Cassation” de Paris emitiu a decisão final sobre o Caso *Gaddafi*¹⁹⁶. A decisão deste Tribunal, além de demasiado curta, não está isenta de críticas. Aliás, pelo contrário, são diversas as questões que esta decisão deixou em aberto. Este Tribunal entendeu que (na ausência de convenções internacionais celebradas entre os Estados em questão) o direito internacional costumeiro proibia o exercício de jurisdição criminal, por parte de um tribunal estrangeiro, sobre Chefes de Estado em funções¹⁹⁷. Tendo reconhecido que Gaddafi usufruía de imunidades de direito internacional, este Tribunal falhou rotundamente no que diz respeito à especificação do

¹⁹³ SALVATORE ZAPPALÀ, “Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation”, *European Journal of International Law*, Vol. 12, n.º 3, 2001, pp. 595 e 596.

¹⁹⁴ Arrêt prononcé en Chambre du Conseil le 20 octobre 2000, *Cour d’Appel de Paris*, Chambre d’Accusation, 2ème section. Disponível em: <http://www.cap-office.net/zfiles0/sos-attentats/BD8A764577374BC1A0BC7AE332524B09.pdf>.

¹⁹⁵ *Ibidem*, pp. 6 e 7.

¹⁹⁶ Arrêt n.º 1414, do *Cour de Cassation*, 13 de Março de 2001. Disponível em: <http://www.cap-office.net/zfiles0/sos-attentats/8C785CD4C98141F2B2E4EC6E127389F5.pdf>.

¹⁹⁷ SALVATORE ZAPPALÀ, como na nota 193, p. 597.

tipo de imunidade que lhe foi reconhecida, isto é, na nossa opinião, deveria ter determinado em concreto, na sua decisão, qual o tipo de imunidade atribuída ao líder líbio – se imunidade *ratione materiae* ou imunidade *ratione personae*. Como salienta Salvatore Zappalà, esta questão deveria ter sido resolvida pelo Tribunal, já que as consequências legais variam, como sabemos, consoante o tipo de imunidade em questão. No caso de lhe ter sido reconhecida imunidade *ratione materiae*, os actos por ele cometidos seriam considerados actos oficiais do Estado, pelo que a consequência traduzir-se-ia na imunidade de Gaddafi perante a jurisdição criminal e civil de qualquer Estado, mesmo após a cessação das suas funções enquanto Chefe de Estado. Por sua vez, outra seria a situação se apenas lhe fosse reconhecida imunidade *ratione personae* – em virtude de, naquela altura, ainda se encontrar a exercer funções enquanto Chefe de Estado da Líbia –, uma vez que, logo que abandonasse este cargo, a imunidade deixaria de funcionar como obstáculo à jurisdição criminal e civil dos tribunais estrangeiros¹⁹⁸.

Apesar de reconhecermos que, a questão da determinação do tipo de imunidade atribuído a Gaddafi, seria importante para identificarmos a base legal a que o Tribunal recorreu para limitar a jurisdição criminal anteriormente reconhecida, consideramos que a problemática atinente ao reconhecimento de determinadas excepções à imunidade dos Chefes de Estado (em funções) perante a jurisdição criminal de tribunais estrangeiros sempre que estejam em causa acusações relativas à prática de crimes de direito internacional, poderá ter um papel fundamental no desenvolvimento do direito internacional contemporâneo. Senão vejamos. O “Cour de Cassation” ao afirmar que o crime de terrorismo, de acordo com o estado actual de desenvolvimento do direito internacional, não pode ser incluído no conjunto de crimes que formam as excepções ao princípio da imunidade de jurisdição dos Chefes de Estado em funções, admitiu, ainda que implicitamente, a existência de determinados crimes cuja classificação pelo direito internacional enquanto “core international crimes” lhes permite derrogar aquele princípio. Assim sendo, uma interpretação *a contrario sensu* desta declaração permite-nos afirmar que existem, de facto, crimes que constituem excepções ao princípio da imunidade de jurisdição dos Chefes de Estado em funções – pelo que o carácter absoluto deste princípio tem vindo a sofrer sucessivas limitações.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 598, em especial a nota 15.

3. O Caso Yerodia (“Arrest Warrant Case”)¹⁹⁹

No dia 11 de Abril de 2000, o Juiz Damien Vandermeersch, do Tribunal de Primeira Instância de Bruxelas, emitiu um mandado de detenção internacional contra o – à data – Ministro dos Negócios Estrangeiros (MNE) da República Democrática do Congo (RDC) – o Sr. Abdulaye Yerodia Ndombasi²⁰⁰. Este havia contribuído, alegadamente, para o massacre de várias centenas de pessoas, através de um discurso, proferido durante o ano de 1998, em que incitava o ódio racial²⁰¹. O mandado contemplava acusações relativas à prática de crimes contra a humanidade pela violação das disposições da Convenção de Genebra de 1949²⁰², tendo sido transmitido à RDC, bem como a outros Estados, através da Interpol. Apesar de o Sr. Yerodia, no momento da emissão do mandado, não se encontrar em território belga – e de nenhuma das vítimas dos massacres ter nacionalidade belga²⁰³ –, tais factos não impediram o início das investigações pelas autoridades daquele Estado. As autoridades judiciais belgas entenderam estar em causa a existência de jurisdição universal, já que as disposições constantes da Lei Belga de 16 de Junho de 1993, sobre a punição de violações graves da Convenção de Genebra de 12 de Agosto de 1949 (e dos seus protocolos adicionais), previam a possibilidade de exercício daquela jurisdição – uma vez que os crimes pelos quais o Sr. Yerodia era procurado envolviam a questão da jurisdição internacional dos Estados, aquelas autoridades entenderam justificar-se a aplicação do preceito normativo que previa a jurisdição universal²⁰⁴.

A RDC, no dia 17 de Outubro de 2000, deu entrada no TIJ de um pedido a solicitar que este Tribunal condenasse a Bélgica a anular o mandado de detenção internacional. A

¹⁹⁹ Tribunal Internacional de Justiça, Mandado de Detenção de 11 de Abril de 2000 (República Democrática do Congo vs. Bélgica), Julgamento de 14 de Fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=36&case=121&code=cobe&p3=4>.

²⁰⁰ ADAM DAY, “Crimes Against Humanity as a Nexus of Individual and State Responsibility: Why the ICJ Got Belgium v. Congo Wrong”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 22, n.º 3, 2004, p. 492.

²⁰¹ MATTHIAS GOLDMANN, “Arrest Warrant Case (Democratic Republic of the Congo v Belgium”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* (ed. Rüdiger Wolfrum), Oxford Public International Law, 2009, p. 1.

²⁰² Convenção adoptada a 12 de Agosto de 1949 pela Conferência Diplomática destinada a elaborar as Convenções Internacionais para a Protecção das Vítimas da Guerra, que reuniu em Genebra de 21 de Abril a 12 de Agosto de 1949. Entrada em vigor na ordem internacional: 21 de Outubro de 1950.

²⁰³ Tais circunstâncias, se verificadas, desencadeariam a jurisdição competente dos tribunais belgas, em virtude da aplicação do princípio da nacionalidade passiva (aplicação da lei penal belga a factos cometidos no estrangeiro, por estrangeiros contra cidadãos belgas, desde que aqueles fossem encontrados em território belga). Para um maior desenvolvimento sobre os princípios de aplicação da lei penal no espaço, ver JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, como na nota 37, pp. 207 e ss.

²⁰⁴ MATTHIAS GOLDMANN, como na nota 201, p. 1.

fundamentação do pedido baseou-se em dois argumentos legais diferentes, sendo eles: 1) o princípio da igualdade soberana dos Estados (“*par in parem non habet imperium or iudicium*”): que implica que um Estado não pode exercer a sua autoridade no território de outro Estado, pelo que a Bélgica, ao invocar a jurisdição universal, teria violado ostensivamente este princípio; 2) o não reconhecimento, com base no art. 5.º da Lei Belga, da imunidade do MNE em funções, constituía uma violação da imunidade do MNE de um Estado soberano, tal como era reconhecida pela jurisprudência e pelo artigo 41.º, parágrafo 2, da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas²⁰⁵. Apesar de o seu pedido inicial ter contemplado estes dois argumentos, a RDC acabou por abandonar o primeiro, utilizando somente o argumento segundo o qual a Bélgica teria desrespeitado a imunidade de jurisdição criminal absoluta²⁰⁶ dos Ministros dos Negócios Estrangeiros em funções. Consequentemente, a RDC solicitou ao TIJ que declarasse a violação de direito internacional cometida pela Bélgica aquando da emissão do mandado de detenção, cujas consequências traduzir-se-iam na preclusão da execução daquele por parte de qualquer Estado – incluindo a Bélgica –, e ainda, no cancelamento daquele mandado e comunicação desse facto às autoridades competentes.

O TIJ, na sequência deste pedido, considerou que, apesar de a imunidade de um MNE incumbente não se encontrar expressamente definida em tratados internacionais, alguns tratados (v.g. CVRD) fornecem determinados elementos capazes de servir de orientação neste âmbito. Assim, e uma vez que as imunidades dos MNE são concedidas para que estes possam desempenhar as suas funções, sem que existam interferências por parte de outros Estados, os contornos deste tipo de imunidades terão de ser determinados de acordo com o âmbito das funções que lhes são cometidas²⁰⁷. Tendo em conta que as suas principais funções envolvem viagens internacionais frequentes, bem como a necessidade de estar em contacto permanente com o seu Estado²⁰⁸, o TIJ decidiu que tais funções tornam imprescindíveis as garantias de imunidade, de um MNE em funções, perante a jurisdição criminal de um Estado estrangeiro. Já no que diz respeito à afirmação segundo a qual os MNE não podem gozar de imunidade, perante a jurisdição de outros Estados, quando estejam em causa indícios da prática de “core crimes”, a decisão do TIJ –

²⁰⁵ *Ibidem*. No mesmo sentido, ADAM DAY, como na nota 200, p. 492.

²⁰⁶ Atribuída pelo direito internacional costumeiro.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 2.

²⁰⁸ O direito internacional presume que um MNE tem poder para actuar em nome do Estado que representa, tal como estipulado no art. 7.º, n.º 2, alínea a) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

baseando-se em precedentes judiciais (Casos *Pinochet* e *Gaddafi*), bem como em legislações nacionais – constatou que a prática corrente dos Estados não permite identificar qualquer tipo de exceção de direito internacional consuetudinário às imunidades conferidas aos MNE em funções²⁰⁹.

Por último, deparamo-nos com o famoso *obiter dictum*, cujas consequências continuam a ser de difícil identificação, uma vez que a racionalidade subjacente a este *dictum* não é, de todo, propriamente clara. Analisaremos esta questão após uma breve análise da problemática atinente à jurisdição universal.

3.1. A Jurisdição Universal: uma questão em aberto

Do nosso ponto de vista, teria sido lógico que o TIJ se tivesse pronunciado, em primeiro lugar, sobre a legitimidade da jurisdição universal invocada pela Bélgica e, somente no caso de ter chegado a uma resposta afirmativa a essa questão, decidisse então abordar a problemática relativa às imunidades do MNE congolês²¹⁰.

No nosso ver, o TIJ não aproveitou a oportunidade para clarificar algumas questões, relativas ao âmbito da jurisdição penal dos Estados no direito internacional, que se foram levantando desde o último julgamento sobre esta matéria no Caso *Lotus*²¹¹. Assim, podemos afirmar que a questão da legalidade do exercício da jurisdição universal pelos Estados continua a ser objecto de diversas interpretações que não permitem alcançar qualquer tipo de certezas neste campo.

Não obstante, devemos salientar que as opiniões individuais dos Juízes, contrariamente à decisão principal do TIJ, abordaram de forma bastante ampla a questão da jurisdição universal, o que, na nossa opinião, contribuiu decisivamente para elucidar o actual estado da arte nesta matéria²¹².

²⁰⁹ Devemos salientar que a própria decisão do TIJ indicou que o princípio da irrelevância da qualidade oficial de um determinado indivíduo perante tribunais internacionais não poderia, naquele momento, ser utilizada como precedente para justificar o alargamento daquele princípio ao caso dos tribunais nacionais.

²¹⁰ ANTONIO CASSESE, como na nota 135, p. 855.

²¹¹ *The Case of The S.S. "Lotus"*, The Permanent Court of International Justice, Collection of Judgments, Series A. – No. 10, 1927. Disponível em: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf.

²¹² ANTONIO CASSESE, como na nota 135, p. 856.

Como sabemos, o Caso “Arrest Warrant” envolveu a análise da forma mais extrema deste mecanismo, isto é, da jurisdição universal *in absentia* (ou absoluta)²¹³. Contudo, os Juízes do TIJ não foram unânimes na identificação, definição e distinção dos tipos de jurisdição universal existentes. Na nossa opinião, a proposta de Antonio Cassese, que divide este instituto em jurisdição universal absoluta (jurisdição sobre os actos praticados num território estrangeiro, por estrangeiros, sem que seja necessária a presença do indivíduo no território do Estado que o pretende acusar ou julgar) e jurisdição universal relativa (exigindo esta a presença do indivíduo no território do Estado que o pretenda acusar ou julgar) é a mais adequada²¹⁴. Analisemos, agora, as opiniões dos Juízes do TIJ.

Os Juízes Guillaume e Ranjeva, bem como o Juiz *ad hoc* Bula-Bula, pronunciaram-se contra a legalidade do exercício da jurisdição universal pela Bélgica. O Juiz Presidente Guillaume lembrou que o julgamento do Caso *Lotus* deixou em aberto a questão de o exercício da jurisdição criminal extraterritorial se encontrar condicionado pela existência de uma regra específica que previsse tal efeito. Este Juiz entendeu que esta regra existia, de facto, mas apenas para casos que envolvessem actos de pirataria²¹⁵. Contudo, a jurisprudência nacional dos Estados e os progressos registados no âmbito do direito dos tratados internacionais, nas últimas décadas, indicam que os Estados aceitam a jurisdição universal nas situações em que o indivíduo se encontre em território do Estado que o pretenda julgar²¹⁶ – independentemente do tipo de crime em questão, desde que seja considerado crime de direito internacional. Ainda assim, na opinião deste Juiz, a jurisprudência dos tribunais internacionais seria totalmente irrelevante para os tribunais nacionais, chegando a afirmar, numa declaração bastante controversa, que “a jurisdição

²¹³ A questão diz respeito à possibilidade de um Estado poder iniciar um processo criminal contra um indivíduo que: 1) não seja seu nacional; 2) não se encontre no seu território; 3) cujos actos tenham sido praticados no território de outro Estado; e, por último, 4) contra nacionais deste último. MATTHIAS GOLDMANN, como na nota 201, p. 4.

²¹⁴ ANTONIO CASSESE, como na nota 135, p. 856.

²¹⁵ E, ainda assim, os casos de pirataria apenas permitem o exercício de jurisdição universal relativa, já que uma das exigências se prende com a presença do indivíduo no território do Estado que o pretenda acusar ou julgar. Aliás, esta permissão prende-se apenas com o facto deste tipo de crime ser cometido, usualmente, em zonas que não pertencem a qualquer Estado. Ver Parágrafos 5 a 9, 12 e 13, da Opinião Separada do Juiz Guillaume. No mesmo sentido, Antonio Cassese defende que a existência desta regra resulta da aplicação do brocardo latino *ubi te invenero, ibi te judicabo*. ANTONIO CASSESE, como na nota 135, p. 857.

²¹⁶ O Juiz Rezek apoiou a validade da jurisdição universal, mas apenas neste tipo de situações. Considerou também que, de uma perspectiva de política criminal, a jurisdição universal *in absentia* dos Estados culminaria na sobreposição de jurisdições, levando, consequentemente, a sérios problemas de coordenação. Ver Parágrafos 7 e 8 da Opinião Individual do Juiz Rezek.

universal apenas encorajaria os Estados mais poderosos a actuar como agentes de uma comunidade internacional mal definida, logo, precisa de ser rejeitada”²¹⁷.

Por sua vez, os Juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, na sua opinião separada conjunta, e a Juíza *ad hoc* Van den Wyngaert, na sua opinião divergente, apoiaram o exercício da jurisdição universal *in absentia*. Esta última destacou que a existência de uma regra, que permita o exercício da jurisdição universal *in absentia*, apenas condiciona a jurisdição executiva de um Estado, não afectando a sua jurisdição prescritiva e judicativa. Já aqueles Juízes salientaram que a decisão do TIJ, ao ignorar a questão da jurisdição, deu resposta a uma questão hipotética, estabelecendo uma indesejada hierarquia entre as regras relativas à imunidade de um indivíduo e as regras relativas à jurisdição universal, ao invés de estabelecer um balanço apropriado entre os interesses conflitantes *sub judice*: a estabilidade das relações internacionais *vs.* o respeito pelos direitos humanos²¹⁸. Apesar de reconhecerem que a prática dos Estados é (ainda) inconclusiva no que à legalidade da jurisdição universal diz respeito, consideram que os desenvolvimentos no âmbito do direito dos tratados indicam que existe uma tendência para conferir aos Estados jurisdição universal nas situações que envolvam indícios da prática de certos crimes devido à sua natureza hedionda²¹⁹, actuando estes enquanto agentes da comunidade internacional. Não obstante, defendem a existência de cinco requisitos para que possa haver lugar ao exercício da jurisdição universal pelos Estados, nomeadamente: 1) o Estado que pretenda acusar ou julgar o indivíduo tem de dar oportunidade ao Estado de que o indivíduo seja nacional para agir relativamente às acusações em causa; 2) as acusações têm de ser dirigidas por procuradores e juízes de instrução criminal, cuja independência e imparcialidade, em relação ao Estado, sejam inquestionáveis; 3) os procedimentos não devem ser iniciados sem que existam circunstâncias especiais, tais como pedidos efectuados pelas vítimas ou seus familiares nesse sentido; 4) a jurisdição penal apenas existirá nos casos que envolvam indícios da prática de crimes classificados como hediondos pela comunidade internacional; e, por último, 5) a jurisdição não poderá ser exercida enquanto o indivíduo se encontra em

²¹⁷ Ver Parágrafo 15 da Opinião Separada do Juiz Guillaume.

²¹⁸ De acordo com Antonio Cassese, estamos perante uma tensão entre a necessidade de protecção de importantes prerrogativas dos Estados soberanos e as exigências emergentes da consolidação de valores universais que podem enfraquecer aquelas disposições. ANTONIO CASSESE, como na nota 135, p. 854.

²¹⁹ Estes Juízes destacam os crimes de guerra e de incitação ao ódio racial como sendo susceptíveis de desencadear a jurisdição universal.

funções, isto é, enquanto goze de imunidades de direito internacional²²⁰. Consideramos que a enunciação destas condições constitui, indubitavelmente, uma significativa contribuição para a cuidadosa delineação dos princípios legais gerais sobre a questão da jurisdição universal²²¹. Estes Juízes chegaram a uma conclusão que, na nossa opinião, poderá ser decisiva na evolução deste e de outros institutos no âmbito do Direito internacional: a estrutura horizontal de cooperação no direito internacional (Estados *vs.* Estados) tem vindo a ser, de forma gradual e progressiva, substituída pela estrutura vertical de cooperação internacional, cuja consolidação se torna cada vez mais perceptível.

Concluindo, acompanhamos o raciocínio de Antonio Cassese segundo o qual, se é comumente aceite, no âmbito do direito internacional tradicional, que os Estados recorram ao princípio da protecção dos interesses nacionais para acusar e julgar estrangeiros que cometam crimes em território estrangeiro (v.g. nos casos de contrafacção de moeda) – ou seja, os Estados encontram-se autorizados a dar início a um procedimento criminal, junto dos seus tribunais nacionais, sempre que a tipificação da conduta do indivíduo seja considerada lesiva dos interesses nacionais daquele Estado –porque não admitir que a presente comunidade internacional (“present world community”), caracterizada pela emergência de valores universais comuns a todos os Estados e a todas as entidades não-governamentais, confira aos tribunais desses Estados competência para acusar e julgar actos que infrinjam esses valores universalmente aceites?²²² A nossa resposta apenas pode ser afirmativa, uma vez que consideramos que esta possibilidade poderá constituir um enorme avanço do direito internacional.

3.2. O *Obiter Dictum*

O TIJ decidiu pela ilegalidade do mandado de detenção²²³ emitido pela Bélgica, já que o Sr. Yerodia era, no momento daquela emissão, o MNE da RDC, usufruindo das

²²⁰ ANTONIO CASSESE, como na nota 135, p. 856 (*vide* nota de rodapé 8).

²²¹ *Ibidem*, p. 857.

²²² *Ibidem*, p. 859. Concordamos com o Autor quando refere que o Estado actua não para proteger um interesse nacional, mas sim para salvaguardar um valor universalmente aceite pela comunidade internacional.

²²³ Os Juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal, pronunciaram-se sobre a obrigação de imposta à Bélgica pelo TIJ, sob a forma de *restitutio in integrum*, no que diz respeito ao cancelamento do mandado de detenção e ao dever de informar as autoridades, pelas quais havia circulado, dessa anulação. Estes Juízes salientaram o

imunidades, inerentes ao cargo que desempenhava, conferidas pelo direito internacional. Apesar de a decisão do TIJ não ter sido totalmente clara no que diz respeito às imunidades em causa, ainda assim o Tribunal entendeu que a Bélgica violou de forma ostensiva as prerrogativas que concediam ao MNE congolês imunidade de jurisdição perante tribunais estrangeiros.

No final da decisão deparamo-nos com um conjunto de declarações cujos contornos legais, ainda hoje, originam uma ampla discussão na comunidade jurídica internacional. Vejamos.

3.2.1. A distinção entre a *Ratione Decidendi* e o *Obiter Dictum*

Antes de procedermos a uma análise do âmbito concreto do excerto final da decisão do TIJ, devemos proceder a uma clarificação conceitual – entre a *ratione decidendi* e o *obiter dictum* de uma decisão – que poderá revelar-se de extrema utilidade, nunca perdendo de vista o nosso principal objectivo neste ponto: a delimitação das consequências do *obiter dictum* no actual contexto internacional.

O Juiz Shahabuddeen defende a existência de uma clara distinção, suportada por diversas decisões do TIJ, entre estes conceitos²²⁴. A *ratione decidendi* diz respeito aos fundamentos jurídicos que servem de base à decisão, isto é, são os argumentos legais invocados, pelo julgador, como critérios para justificar as suas decisões. O *obiter dictum*, por sua vez, reporta-se a uma parte de uma decisão considerada dispensável, isto é, que o julgador utilizou apenas para completar um determinado raciocínio – sem que este desempenhe um papel fundamental em termos de decisão final. No entanto, são vários os autores que propugnam pela irrelevância da distinção entre a *ratione decidendi* e o *obiter dictum*²²⁵. Não obstante, aquele Juiz salienta o facto de os *obiter dictum* do TIJ surgirem,

facto de o mandado de detenção, apesar de inicialmente ilegal, ter sido objecto de legalização superveniente em virtude da renúncia do Sr. Yerodia ao seu cargo de MNE.

²²⁴ MOHAMMED SHAHABUDEEN, *Precedent in the World Court*, University of Cambridge Research Centre for International Law, Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge, 1996, p. 157 *apud* DAVID S. KOLLER, “Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court”, *American University International Law Review*, Vol. 20, 2004, p. 18.

²²⁵ *Ibidem*, p. 18, nota de rodapé 52. O Juiz Hersch Lauterpacht (do TIJ) e o Juiz Anzilotti (do extinto Tribunal Permanente de Justiça Internacional) entendiam que a distinção entre os conceitos em causa seria praticamente inexistente ou nula.

frequentemente, como possíveis respostas a problemáticas levantadas durante as deliberações internas do Tribunal e relevantes para as matérias *sub judice* – particularmente quando essas problemáticas forem objecto de uma opinião apensa²²⁶. O Caso “Arrest Warrant” foi prolífero no que a opiniões apensas diz respeito²²⁷. A própria decisão do TIJ, tal como já vimos, levantou uma série de questões que, a final, acabou por não abordar. Logo, no seguimento do ponto de vista do Juiz Shahabuddeen, entendemos que o *obiter dictum* do TIJ, nesta situação específica, poderá traduzir-se num conjunto de declarações com maior importância do que poderiam revelar à primeira vista. Aliás, de acordo com David Koller, apesar de as declarações do Tribunal não serem estritamente necessárias para a decisão do mérito da causa, tais afirmações irão desempenhar um papel fundamental no desenvolvimento do direito internacional, nomeadamente quanto à abordagem de outros tribunais quando confrontados com a questão da imunidade dos MNE e de outros agentes de um Estado²²⁸. Assim sendo, consideramos que os Juízes do TIJ pretenderam esclarecer o estado da arte em relação ao tema do caso *sub judice*, tendo, de igual forma, aproveitado o ensejo para providenciarem algumas linhas de orientação quanto aos caminhos a percorrer no âmbito do direito internacional.

3.2.2. Análise do Obiter Dictum

Os Juízes do TIJ, na sequência da afirmação onde destacam que a imunidade de jurisdição, de que gozam os MNE em funções, não significa que estes gozem de impunidade quanto aos crimes que possam ter cometido – independentemente da gravidade dos mesmos²²⁹ –, criaram um *obiter dictum* onde descrevem as situações em que a imunidade de um indivíduo poderá ser considerada irrelevante.

Em primeiro lugar, devemos salientar a tentativa destes Juízes estabelecerem uma distinção entre lei processual e lei substantiva, ao afirmarem que a imunidade de um MNE seria um obstáculo meramente processual e, conseqüentemente, a impunidade do MNE não

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ Um total de nove opiniões apensas.

²²⁸ *Ibidem*, p. 19.

²²⁹ Ver Parágrafo 60 do Julgamento de 14 de Fevereiro de 2002.

estaria em causa, já que a responsabilidade penal deste último seria sempre uma questão de direito substantivo²³⁰.

Do nosso ponto de vista, os Juízes estiveram distantes da adopção de uma solução clara no que a este âmbito diz respeito. No entanto, podemos afirmar que os esforços da comunidade internacional, no que concerne à consagração do princípio da responsabilidade criminal individual, no âmbito de crimes graves contra o direito internacional, poderão ter influenciado a inclusão destas disposições no julgamento do Caso “Arrest Warrant”²³¹.

Neste momento, revela-se pertinente a análise crítica das quatro conclusões que o TIJ apresentou no seu famoso *obiter dictum*, onde afirma que as imunidades que protegem os MNE, de acordo com o direito internacional, não representam um entrave à prossecução criminal, daqueles indivíduos, se determinadas circunstâncias se verificarem²³², nomeadamente: 1) os MNE não usufruem de imunidades de direito internacional nos seus próprios países, pelo que podem ser julgados pelos tribunais dos seus países, de acordo com as regras de direito interno aplicáveis; 2) eles deixarão de usufruir de imunidades de direito internacional se o Estado que representavam (ou que representam) decidir renunciar a essas imunidades; 3) o indivíduo, após a cessação das suas funções como MNE, não continuará a gozar de imunidades de direito internacional noutros Estados, logo, os tribunais nacionais de um determinado Estado poderão acusar e julgar um ex-MNE de um outro Estado, relativamente aos actos cometidos antes ou após o período em que exerceu o cargo, bem como no que diz respeito aos actos praticados durante o exercício das suas funções na sua esfera privada; 4) certos tribunais – desde que verificada a sua competência jurisdicional – podem exercer a sua jurisdição independentemente de o indivíduo em questão ser MNE, nomeadamente o TPI e os Tribunais *ad hoc*²³³.

²³⁰ *Ibidem*. “A imunidade jurisdicional pode impedir a prossecução penal durante um determinado período ou relativamente a certas ofensas; mas não pode exonerar aquele indivíduo da sua responsabilidade criminal”.

²³¹ DAVID S. KOLLER, como na nota 224, p. 19.

²³² De acordo com David Koller, quaisquer circunstâncias fora desta lista exaustiva não implicam a irrelevância da imunidade de um MNE, pelo contrário, traduzem-se na manutenção da sua imunidade absoluta. Cf. DAVID S. KOLLER, como na nota 224, pp. 16 e 17.

²³³ PAOLA GAETA, “Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, Oxford University Press, 2009, 315-332. É de notar, porém, que o mesmo tribunal se absteve de esclarecer certas questões fundamentais: 1) não estabeleceu a definição de tribunal internacional; 2) não distinguiu entre o poder de um tribunal internacional emitir um mandado de detenção e as obrigações dos Estados em ignorar as regras de direito internacional sobre imunidades, com vista a dar cumprimento ao pedido de entrega emitido, porque dizer que um Tribunal internacional pode emitir um mandado ignorando as regras de direito internacional, não equivale a dizer que os Estados podem ignorar tais regras para dar cumprimento ao mandado. Ver página 319 da ob. Cit.

As duas primeiras situações não geram grande discussão, uma vez que são universalmente aceites pela comunidade jurídica internacional. A ideia fundamental que as sustenta encontra-se no facto de as imunidades de direito internacional existirem enquanto prerrogativas criadas para que os Estados soberanos possam conduzir as suas relações internacionais de forma eficaz, pelo que, estas imunidades encontram-se na esfera jurídica disponível dos Estados, cabendo a estes dispor sobre a sua relevância.

Na nossa opinião, a terceira situação apresentada é, de longe, a mais problemática, uma vez que – para além de envolver um conjunto alargado de requisitos – a sua aplicação assenta numa distinção – entre actos oficiais e privados – que entendemos irrazoável no âmbito da prática de “core crimes”. Em primeiro lugar, a aplicação desta excepção baseia-se na cessação das funções como MNE de um determinado indivíduo, isto é, somente após o abandono daquele cargo é que o indivíduo deixa de gozar das imunidades de direito internacional que, até esse momento, o protegem da jurisdição dos tribunais de Estados estrangeiros. Em segundo lugar, estes tribunais apenas poderão acusar e julgar um indivíduo se, de acordo com as regras de direito internacional, forem jurisdicionalmente competentes, isto é, somente se as regras atribuírem competência jurisdicional específica ao tribunal é que este poderá avocar a si o julgamento do indivíduo. Em terceiro lugar, apenas serão sindicáveis os actos praticados pelo indivíduo antes ou depois do período em que exerceu as suas funções como MNE. Por último, serão também judiciáveis os actos praticados pelo indivíduo, durante o período do seu mandato como MNE, que sejam cometidos na sua esfera privada. Assim, uma interpretação *a contrario sensu* desta disposição leva-nos a concluir pela imunidade absoluta do agente quanto aos actos por ele praticados que sejam classificados como oficiais, independentemente destes poderem incluir crimes graves contra o direito internacional. Entendemos, tal como defende Adam Day²³⁴, que a racionalidade inerente à decisão do Tribunal – que se baseia no simples facto de as imunidades dos MNE existirem como garantia do bom desempenho das suas funções nas relações internacionais – acaba por sair afectada com esta afirmação, já que como destaca Antonio Cassese, os crimes mais graves contra o direito internacional (“core crimes”) raramente são cometidos pelos indivíduos na sua esfera privada. Aliás, a própria

²³⁴ ADAM DAY, como na nota 200, p. 495.

natureza destes crimes requer, geralmente, que os indivíduos recorram à máquina estatal para que possam atingir os seus objectivos perversos²³⁵.

Na nossa opinião, a jurisprudência dos tribunais nacionais, um pouco por todo o mundo, providencia uma regra de direito costumeiro segundo a qual todos os ex-funcionários de um Estado, acusados da prática de crimes de direito internacional enquanto ocupavam o cargo, não podem invocar a imunidade funcional relativamente a esses actos²³⁶. De acordo com esta regra, que providencia a remoção daquele tipo de imunidade quando estejamos perante a prática de “core crimes”, os indivíduos em causa não poderão invocar em Tribunal a prática daqueles no âmbito das suas funções. A decisão do Supremo Tribunal Israelita, no Caso *Eichmann*²³⁷, constitui um precedente fundamental na identificação desta regra de direito costumeiro. Aquele Tribunal confirmou que os crimes contra a Humanidade haviam sido “banidos pela lei das nações e que davam origem a responsabilidade criminal individual”. Adolf Eichmann usou como defesa o argumento segundo o qual os actos deveriam ser atribuídos à Alemanha, uma vez que estaria a actuar a coberto das suas funções oficiais. Contudo, aquele Tribunal respondeu àquele argumento afirmando que “do ponto de vista do direito internacional, actos tão hediondos, como os em questão, encontram-se para além da disponibilidade soberana do Estado que os ordenou ou que consentiu na sua prática e, conseqüentemente, aqueles que participaram nesses actos serão obrigatoriamente responsabilizados e impedidos de se escudarem no carácter oficial das suas funções ou missões”²³⁸. Para além do Caso *Eichmann*, existem muitos outros casos judiciais junto de tribunais nacionais que demonstram a existência e afirmação da regra da irrelevância das imunidades de um agente do Estado acusado da prática de “core crimes”, p. ex.: *Barbie* em França, *Kappler* em Itália, *Rauter* na Holanda, *Pinochet* no Reino Unido, entre outros²³⁹.

²³⁵ ANTONIO CASSESE, como na nota 135, p. 868.

²³⁶ *Ibidem*, p. 870. No mesmo sentido, ADAM DAY, como na nota 200, p. 500.

²³⁷ *Attorney General v. Adolf Eichmann*, Supreme Court of Israel, Criminal Appeal 336/61, Judgment 29 May 1962. Disponível em: <http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/185>.

²³⁸ ADAM DAY, como na nota 200, p. 500. Este Autor denota que esta declaração foi uma das primeiras a estabelecer, de forma clara, a responsabilidade criminal individual no âmbito dos “core international crimes”. Acrescenta que o Supremo Tribunal de Israel, neste assunto, seguiu a posição defendida por Lauterpacht, tendo efectivamente citado este Autor na sua decisão: “O facto de o criminoso ter actuado em nome do Estado é irrelevante. Ele encontra-se pessoalmente vinculado, pelas regras de direito internacional, quer actue na sua esfera privada, em ordem a satisfazer interesses egoísticos, quer actue como um órgão do Estado.”.

²³⁹ Apesar de os casos indicados dizerem respeito somente a oficiais do exército, nada obsta a que o mesmo raciocínio se aplique, por maioria de razão, a outros agentes que desempenhem funções oficiais em nome de um determinado Estado, acusados da prática de “core international crimes”. Cf. ANTONIO CASSESE, como na nota 135, p. 871.

4. O Caso Hissene Habré

No ano de 2000, um Tribunal Senegalês recorreu ao princípio da jurisdição universal para acusar o ex-Presidente do Chade – Hissène Habré – pelos crimes de tortura, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, alegadamente cometidos, entres os anos de 1982 e 1990, enquanto este ainda desempenhava funções oficiais²⁴⁰. Todavia, esta tentativa de responsabilizar criminalmente aquele indivíduo acabou por enfrentar um forte obstáculo, resultante de uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça do Senegal, que, por sua vez, determinou que aqueles tribunais não podiam utilizar o princípio da jurisdição universal para julgar este indivíduo, já que a jurisdição dos tribunais senegaleses não podia ser alargada a crimes, cometidos por um cidadão estrangeiro, ocorridos fora do seu território – o Senegal, apesar de ter implementado uma lei que previa o crime de tortura, não incluiu nessas disposições a jurisdição universal sobre esse tipo de crime²⁴¹. Tal como salienta Dalila Hoover, a decisão do Supremo Tribunal de Justiça conflituava directamente com o disposto no art. 79.º da Constituição do Senegal, que determina que os tratados e acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, após publicação, uma autoridade superior àquela reconhecida à sua legislação nacional – pelo que, a ratificação do Tratado contra a Tortura, determina que os tribunais daquele Estado se encontram vinculados pelo dever de exercer o princípio da jurisdição universal para reprimir aquele tipo de crimes.

Não só os tribunais do Senegal procuraram acusar este indivíduo pela prática daquele conjunto de crimes. Também os tribunais Belgas abriram investigações sobre os crimes de que Hissène Habré vinha acusado. O Ministro da Justiça do Chade, Djimnain Kouddj-Gaou, enviou uma carta, no dia 7 de Outubro de 2002, para o Juiz Daniel Fransen, onde declarava que o antigo ditador não poderia recorrer às imunidades de direito internacional para se subtrair à jurisdição judicativa dos tribunais nacionais Belgas²⁴². Como salienta Paola Gaeta, esta foi a primeira vez que um Estado renunciou à imunidade de um ex-Presidente, permitindo, desta forma, que as acusações relativas ao cometimento de crimes contra os direitos humanos, tivessem lugar nos tribunais de um Estado

²⁴⁰ DALILA HOOVER, como na nota 41, p. 90.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² PAOLA GAETA, “*Ratione Materiae* Immunities of Former Heads of State and International Crimes: The Hissène Habré Case”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003, p. 186.

estrangeiro (Bélgica)²⁴³. Contudo, a base jurídica que suportou a fundamentação do acto que procedeu ao levantamento daquelas imunidades não se encontra isenta de críticas, uma vez que este acto de renúncia utilizou as prerrogativas relativas às imunidades de direito interno (de que Hissène Habré gozava no território do Chade) para justificar o levantamento das imunidades de direito internacional reconhecidas pelo direito internacional àquele indivíduo. Ainda assim, não consideramos este lapso formal susceptível de infirmar os efeitos legais decorrentes da prática daquele acto. Aliás, o facto de Hissène Habré já não exercer, no momento da emissão do acto de renúncia, funções enquanto Chefe de Estado, permite-nos concluir que a imunidade *ratione personae*, que lhe era reconhecida em virtude de ocupar aquele cargo oficial, já havia cessado, pelo que não carecia de ser objecto daquela renúncia²⁴⁴. No entanto, não podemos excluir a imunidade *ratione materiae* reconhecida a este indivíduo pelo direito internacional, já que, como sabemos, esta prerrogativa caracteriza-se pela sua permanência mesmo após o indivíduo ter cessado funções, em virtude de estar ligada não ao indivíduo, mas sim aos actos oficiais que devem ser atribuídos ao Estado. Não obstante, consideramos que, apesar de alguns erros de fundamentação, devemos interpretar o levantamento operado pelo Chade como constituindo uma autêntica renúncia formal, eliminando-se aqui a hipótese de aquele indivíduo invocar a imunidade *ratione materiae* perante a jurisdição de tribunais nacionais de um Estado estrangeiro. Paola Gaeta defende ainda que mesmo que não tivesse existido esta renúncia por parte do Governo do Chade, os precedentes judiciais nacionais demonstram, claramente, que existe uma excepção à regra das imunidades funcionais (*ratione materiae*) no direito internacional quando estejam em causa actos que constituam crimes de direito internacional, pelo que os indivíduos responsáveis, independentemente da posição oficial que ocupavam, devem ser acusados e julgados pelos tribunais de qualquer Estado sem que para tal seja necessário o levantamento prévio destas imunidades funcionais²⁴⁵.

Ainda no âmbito deste Caso, a Bélgica intentou, no dia 19 de Fevereiro de 2009, uma acção contra o Senegal, junto do TIJ, arguindo que o Estado do Senegal não cumpriu as suas obrigações, emergentes da ratificação do Tratado contra a Tortura, referentes ao dever de julgar Hissène Habré pelos crimes de que vinha acusado, ou de extraditar este

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 187.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 189.

indivíduo no caso de não poder (ou não querer) iniciar o competente procedimento judicial (*aut dedere aut judicare*). Esta disputa foi, recentemente²⁴⁶, resolvida a favor da Bélgica, uma vez que o TIJ considerou que o Senegal, não tendo aberto um inquérito preliminar com o objectivo de apurar os alegados crimes cometidos por Hissène Habré, violou as obrigações decorrentes do disposto no art. 6.º, n.º 2 da Convenção contra a Tortura, bem como as disposições constantes do art. 7.º, n.º 1 daquela Convenção, já que não submeteu o caso às autoridades judiciais competentes. O TIJ reconheceu que a proibição do crime de tortura, em virtude de uma prática internacional reiterada, constante e uniforme (“international widespread practice”) e da *opinio juris* dos Estados sobre a matéria, é parte integrante do direito internacional costumeiro, tendo aquela norma atingido o nível de norma de *jus cogens* (peremptória)²⁴⁷. Assim, ficou decidido que o Senegal, ao violar aquelas disposições normativas, incorreu em responsabilidade internacional, pelo que deveria adoptar todas as medidas necessárias para cessar o seu comportamento²⁴⁸. Concluindo, a República do Senegal deveria extraditar Hissène Habré, caso não submetesse aquele indivíduo à jurisdição das autoridades judiciais competentes. Na sequência desta decisão do TIJ, Hissène Habré foi detido no Senegal – a 30 de Junho de 2013 – tendo sido acusado por um Tribunal Senegalês, dois dias após a sua detenção, da prática de crimes contra a Humanidade, crimes de guerra, tortura e genocídio. O julgamento de Habré deverá ter lugar – esperemos que brevemente – na “Extraordinary African Chambers” (EAC), Tribunal estabelecido pelo sistema judicial Senegalês, após a celebração de um acordo entre a União Africana e o Governo de Dakar²⁴⁹.

²⁴⁶ International Court of Justice, Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment of 20 July 2012.

²⁴⁷ *Ibidem*, Parágrafo 99, p. 457.

²⁴⁸ Cf. Parágrafo 121, p. 461.

²⁴⁹ Consultar notícia em: <http://allafrica.com/stories/201409260148.html>.

5. O Estado Actual das Imunidades: Principais Propostas de Superação

5.1. As Imunidades *Ratione Personae*

No que diz respeito às imunidades *ratione personae*, não temos dúvidas que, em virtude da racionalidade subjacente à sua criação, estas continuam a operar eficazmente no âmbito das relações horizontais entre Estados, nomeadamente, quando um tribunal nacional pretenda julgar um indivíduo a quem seja reconhecida (e atribuída), pelo direito internacional costumeiro, uma imunidade pessoal. Neste âmbito, consideramos, tal como também os Lordes no Caso *Pinochet* concluíram, que o princípio *par in parem non habet imperium* continua a prevalecer nas relações entre Estados soberanos, mantendo-se este tipo de imunidade válido nestas situações²⁵⁰.

5.2. As Imunidades *Ratione Materiae*

Já no que concerne às imunidades *ratione materiae*, deparamo-nos com a seguinte questão: será que a imunidade funcional protege os indivíduos (alegadamente) responsáveis pela prática de crimes de direito internacional, ou seja, será que os actos praticados por estes sujeitos podem considerar-se abrangidos pelo âmbito de aplicação deste mecanismo?

Após uma cuidada análise dos casos nacionais (domésticos) mais importantes nesta matéria, podemos afirmar que são diversas as soluções apresentadas para suplantar as dificuldades resultantes das conclusões – ambíguas e, em certos aspectos, contraditórias – do TIJ no Caso *Yerodia*. Na nossa opinião, o cometimento de crimes de direito internacional deve ser configurado como um abuso, por parte de um agente de um órgão estadual, das funções que lhe foram atribuídas.

²⁵⁰ No mesmo sentido, cf. TERHI JYRKKIÖ, “Immunities of Heads of State in the International Criminal Court: Particularly in the Case against Omar Al Bashir”, 2011, p. 18; JESSICA NEEDHAM, “Protection or Prosecution for Omar al Bashir? The Changing State of Immunity in International Criminal Law”, *Auckland University Law Review*, Vol. 17, 2011, p. 229.

O *obiter dictum* do TIJ tem sido perspectivado enquanto a principal causa para a existência de incertezas, por parte dos Estados e da comunidade jurídica internacional, relativamente ao estado actual do Direito no que concerne à questão do âmbito de aplicação das imunidades *ratione materiae* quando estejamos perante a prática de crimes de direito internacional²⁵¹. Ainda assim, têm sido avançadas, como observámos, duas principais linhas de pensamento em matéria de inaplicabilidade de imunidade *ratione materiae* gozada pelos funcionários de um Estado relativamente à prática de “core crimes”, nomeadamente:

- 1) Os crimes de direito internacional enquanto actos não oficiais;
- 2) A existência de uma regra de direito internacional costumeiro que determine a irrelevância deste tipo de imunidade nestas situações.

Recentemente, também a ILC tem procurado esclarecer, através da inclusão desta temática no plano de actividades por si desenvolvidas, o estado da arte nesta matéria, tendo chegado, efectivamente, a adoptar, ainda que provisoriamente, alguns artigos que, na nossa opinião, são susceptíveis de contribuir, de forma indiscutível, para a elucidação da eficácia das imunidades de direito internacional no âmbito das relações horizontais de cooperação. Vejamos.

5.2.1. Os Crimes de Direito Internacional enquanto Actos Não Oficiais

Alguns Autores, têm sugerido que os actos que constituem “core crimes” não podem ser qualificados como actos oficiais, uma vez que tais condutas não se enquadram no que podemos identificar como as funções normais de um Estado²⁵². Neste sentido, também os Juízes Higgins, Kooijmans e Buergenthal – no âmbito do Caso *Yerodia* – sugeriram que os crimes contra o direito internacional não deveriam ser considerados actos

²⁵¹ ILC, como na nota 76, pp. 117 e 118.

²⁵² PEDRO CAEIRO, como na nota 132, p. 364; ANDREA BIANCHI, “Denying State Immunity to Violators of Human Rights”, *Austrian Journal of Public and International Law*, Vol. 46, 1994, pp. 227 e 228; *supra* Lorde Steyn (Pinochet I) e Lorde Hutton (Pinochet III); também outros tribunais nacionais aparentam subscrever este entendimento, nomeadamente, o “Court of Appeal of Amsterdam” no Caso Bouterse, Julgamento de 20 de Novembro de 2000, Parágrafo 4.2: “the commission of very grave criminal offences of this kind cannot be regarded as part of the official duties of a Head of State”.

oficiais, já que estes não se enquadram nas funções normais de um Estado, nem sequer nas funções que um Estado possa desempenhar *per se*²⁵³.

Esta orientação não se encontra isenta de críticas, já que certos Autores entendem, por sua vez, que na maior parte dos casos, os “core crimes” são precisamente cometidos no âmbito de uma política estadual, por (ou com o apoio de) funcionários ou agentes do Estado, pelo que, tais actos apenas podem ser classificados como oficiais²⁵⁴.

Na nossa opinião, os actos em questão não devem ser classificados como puramente oficiais ou privados, uma vez que estas condutas envolvem dois elementos opostos (elemento privado vs. elemento oficial) susceptíveis de obstar àquela classificação. Consideramos que estes actos apenas podem ser classificados como híbridos, já que estamos perante a prática de actos caracterizados por um interesse individual perverso – insusceptível de se qualificar como oficial ou de se integrar nas normais funções de um Estado – que apenas ocorreu em virtude do abuso da posição (ou função) oficial ocupada pelo perpetrador de um crime de direito internacional. Assim, apesar de defendermos que estes actos devem ser perspectivados enquanto actos não oficiais, tal raciocínio não deve implicar a classificação automática dos actos como privados, já que, como constata o Juiz Al-Khasawneh, estaremos perante actos cometidos pelos funcionários do Estado no abuso das suas funções, isto é, no abuso da sua autoridade e dos recursos do Estado. Logo, a natureza dos actos não pode ser classificada como privada ou oficial, consistindo a actuação legalmente reprovável daqueles funcionários numa violação expressa das disposições internacionais sobre a matéria – isto é, apesar de extravasarem o âmbito das suas funções, tais actos não podem cair na esfera privada da sua actuação, já que se não fosse a posição que ocupam (e que lhes coloca ao dispor a máquina estatal), muito provavelmente não seriam capazes de praticar tais actos.

²⁵³ Ver Parágrafo 85 da Opinião Separada Conjunta dos Juízes Higgins Kooijmans e Buergenthal (“Arrest Warrant”).

²⁵⁴ DAPO AKANDE e SANGEETA SHAH, como na nota 50, pp. 828 e ss; Parágrafo 36 da Opinião divergente da Juíza *ad hoc* Van den Wyngaert: “[The Court] could and indeed should have added that war crimes and crimes against humanity can never fall into [the] category [of private acts]. Some crimes under international law (e.g., certain acts of genocide and of aggression) can, for practical purposes, only be committed with the means and mechanisms of a State and as part of a State policy. They cannot, from that perspective, be anything other than ‘official’ acts. Immunity should never apply to crimes under international law, neither before international courts nor national courts”.

Em jeito de conclusão, partilhamos o ponto de vista observado pelo Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia no Caso *Kunarac*²⁵⁵, que determina que não existe qualquer tipo de privilégio, previsto pelo direito internacional, capaz de impedir a responsabilização criminal individual de agentes de um Estado – bem pelo contrário, a actuação dentro da capacidade oficial pode (e deve) constituir uma circunstância agravante no momento da determinação da pena, uma vez que a actuação ilegal do agente traduz-se num uso ilegítimo, isto é, no abuso de um poder que lhe foi atribuído.

5.2.2. Excepção reconhecida pelo Direito Internacional Público

Outra das soluções avançadas pela literatura jurídica consiste na existência de uma excepção, relativamente ao âmbito de aplicação deste tipo de imunidade, reconhecida pelo direito internacional, quando estejamos perante a prática de “core crimes”. O “Institut de Droit International” adoptou esta posição, tendo-a consagrado no art. 13.º da Resolução de 2001²⁵⁶ – evitando desta forma a controvérsia em torno da classificação dos actos enquanto oficiais ou privados²⁵⁷.

Têm sido diversos os argumentos avançados como possíveis fundamentos para a existência desta excepção. Alguns Autores defendem que as regras que estabelecem os crimes de direito internacional são dotadas de uma natureza peremptória (normas de *jus cogens*), pelo que tal classificação determina que estas prevaleçam quando confrontadas com as regras referentes às imunidades – já que estas últimas não possuem um estatuto de regras de *jus cogens*²⁵⁸. A força deste argumento, baseado na natureza *jus cogens* das

²⁵⁵ Parágrafo 494, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, Trial Chamber I, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Judgment of 22 February 2001.

²⁵⁶ “**Article 13: 1.** A former Head of State enjoys no inviolability in the territory of a foreign State. **2.** Nor does he or she enjoy immunity from jurisdiction, in criminal, civil or administrative proceedings, except in respect of acts which are performed in the exercise of official functions and relate to the exercise thereof. Nevertheless, he or she may be prosecuted and tried when the acts alleged constitute a crime under international law, or when they are performed exclusively to satisfy a personal interest, or when they constitute a misappropriation of the State’s assets and resources. **3.** Neither does he or she enjoy immunity from execution”.

²⁵⁷ ILC, como na nota 76, p. 127.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 127. No mesmo sentido, ANDREA BIANCHI, “Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case”, *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999, p. 265 (“As a matter of international law, there is no doubt that *jus cogens* norms, because of their higher status, must prevail over other international rules, including jurisdictional immunities.”). Também o Juiz Al-Khasawneh, no Parágrafo 7 da sua Opinião Divergente (“Arrest Warrant”), afirma que: “[t]he effective combating of grave crimes has arguably assumed

normas, depende da existência de um conflito efectivo entre as regras sobre as imunidades e as normas que estabelecem os crimes de direito internacional. A principal crítica apontada a esta solução prende-se com o facto de as normas que estabelecem os “core crimes” se encontrarem no plano substantivo, enquanto as regras relativas às imunidades, por sua vez, se encontram num plano meramente processual, inexistindo, desta forma, um conflito entre elas – Hazel Fox entende que as imunidades jurisdicionais de um Estado, por exemplo, encontram-se construídas como obstáculos processuais²⁵⁹, não como normas substantivas que pretendem subtrair o indivíduo (ou o Estado) à jurisdição prescritiva de um Estado estrangeiro. A nosso ver, esta argumentação não é particularmente feliz, uma vez que a distinção operada – entre normas substantivas e normas processuais – não parece ser suficiente para determinar a inexistência de um conflito entre as mesmas.

De seguida, deparamo-nos com a proposta segundo a qual o direito internacional contém, actualmente, uma regra de direito internacional costumeiro que determina a irrelevância da imunidade *ratione materiae*, no campo dos crimes de direito internacional, mesmo quando estejamos perante um tribunal nacional – isto é, nas situações que podemos caracterizar como relações horizontais entre Estados soberanos. Alguns Autores²⁶⁰, que defendem a existência de tal norma costumeira, baseiam a sua orientação num conjunto de elementos resultantes da conjugação de jurisprudência nacional (Caso *Eichmann* e Caso *Pinochet*) e de instrumentos legais internacionais que têm sido apontados como responsáveis pela consolidação daquela regra: 1) art. 7.º da Carta do Tribunal Internacional Militar de Nuremberga; 2) art. 6.º da Carta do Tribunal Internacional de Tokyo; 3)

a *jus cogens* character reflecting recognition by the international community of the vital community interests and values it seeks to protect and enhance. Therefore when this hierarchically higher norm comes into conflict with the rules on immunity, it should prevail. Even if we are to speak in terms of reconciliation of the two sets of rules, this would suggest to me a much more restrictive interpretation of the immunities of high-ranking officials than the Judgment portrays. Incidentally, such a restrictive approach would be much more in consonance with the now firmly established move towards a restrictive concept of State immunity, a move that has removed the bar regarding the submission of States to jurisdiction of other States often expressed in the maxim *par in parem non habet imperium*. It is difficult to see why States would accept that their conduct with regard to important areas of their development be open to foreign judicial proceedings but not the criminal conduct of their officials”.

²⁵⁹ Na opinião desta Autora, as regras sobre as imunidades não conflituam com as normas de *jus cogens* que estabelecem os crimes de direito internacional, uma vez que apenas pretendem funcionar como um obstáculo processual. Cf. HAZEL FOX, como na nota 92, p. 525. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pronunciou-se, quanto ao Caso *Al-Adsani*, no mesmo sentido. Cf. Parágrafos 52 a 67 do *Case of Al-Adsani vs. United Kingdom*, European Court of Human Rights, Judgment of 21 November 2001, disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59885#{"itemid":\["001-59885"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59885#{).

²⁶⁰ ANTONIO CASSESE, como na nota 135, pp. 864 a 866 e 870 a 874; PAOLA GAETA, “Official Capacity and Immunities”, in: A. Cassese/P. Gaeta/J. Jones (eds), Vol. I, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 979 a 982; SALVATORE ZAPPALÀ, como na nota 193, pp. 601 e 602.

Princípio III dos Princípios de Nuremberga; 4) art. 7.º, n.º 2 do Estatuto do Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia; 5) art. 6.º, n.º 2 do Estatuto do Tribunal Internacional para o Ruanda; 6) art. 27.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional²⁶¹.

Por último, surge a proposta, avançada por alguns Autores²⁶², segundo a qual a atribuição de jurisdição universal, relativamente a certos crimes de direito internacional, é incompatível com a existência de imunidade *ratione materiae*. Na nossa opinião, estes Autores confundem o conceito de jurisdição com o conceito de imunidade. Como sabemos, a questão relativa à existência de jurisdição de um determinado Tribunal (nacional ou internacional), sobre certo tipo de crimes, é uma questão prévia à determinação da existência de qualquer imunidade, pessoal ou material²⁶³.

5.3. Artigos Provisórios ILC

A Comissão da ILC, liderada pela Relatora Especial Concepción Escobar Hernandez (que veio substituir o anterior responsável pelo Capítulo das Imunidades Jurisdicionais perante a Jurisdição Penal de outro Estado – o Relator Especial Roman Anatolevich Kolodkin), partindo de uma análise do alcance do tema, do âmbito de aplicação do Projecto de Artigos, dos conceitos de imunidade e jurisdição, da distinção entre imunidade *ratione personae* e imunidade *ratione materiae*, bem como da determinação dos elementos normativos que caracterizam o regime aplicável à imunidade *ratione personae* – tópicos abordados e desenvolvidos em reuniões anteriores – apresentou um conjunto de artigos (“draft articles”)²⁶⁴ sobre esta temática para avaliação. Até ao

²⁶¹ ILC, como na nota 76, pp. 131 e 132.

²⁶² DAPO AKANDE e SANGEETA SHAH, como na nota 50, pp. 851 e 852; no mesmo sentido, ver a argumentação apresentada pelo Lorde Saville no Caso *Pinochet* III.

²⁶³ Também o TIJ suporta este entendimento, visto que, no Parágrafo 59 do Caso *Yerodia*, declarou que as convenções internacionais, que determinam que os Estados devem estender a sua jurisdição sobre determinados crimes, não afectam as imunidades de direito internacional.

²⁶⁴ São eles:

Artigo 1.º (“Âmbito de aplicação de projecto de artigos”)

Sem prejuízo das disposições do projecto de artigo 2.º, o presente projecto de artigos refere-se à imunidade de que beneficiam certos funcionários do Estado perante o exercício da jurisdição penal por parte de um terceiro Estado.

Artigo 2.º (“Imunidades excluídas do âmbito de aplicação do projecto de artigos”)

Encontram-se excluídas do âmbito de aplicação do presente projecto de artigos:

a) As imunidades penais reconhecidas no campo das relações diplomáticas, das relações consulares, ou em função de uma missão especial;

momento, foram aprovados, provisoriamente, os artigos 1.º/1 e 2, 2.º/e, 3.º, 4.º/1, 2 e 3 e, por último, 5.º. A estrutura dos artigos foi objecto de uma considerável reformulação, pelo que se afigura necessária, na nossa opinião, a transposição das versões entretanto aprovadas – acompanhada por uma análise crítico-reflexiva das suas consequências. Vejamos.

b) As imunidades penais estabelecidas por acordos ou tratados que regulem a representação diplomática junto de organizações internacionais ou que estabeleçam os privilégios e imunidades das organizações internacionais e dos seus funcionários ou agentes;

c) As imunidades que possam ser estabelecidas em virtude de outros tratados internacionais *ad hoc*;

d) Quaisquer outras imunidades que possam ser concedidas unilateralmente por um Estado aos funcionários de um terceiro Estado, em especial quando os mesmos se encontrem no seu território.

Artigo 3.º (“Definições”)

Para os efeitos do presente projecto de artigos:

a) O termo “jurisdição penal” significa o conjunto de competências, processos, procedimentos e actos que, nos termos da lei do Estado que pretende exercer a sua jurisdição, são necessários para que um tribunal possa determinar a responsabilidade penal individual resultante da prática de actos tipificados como crimes ou delitos conforme a legislação aplicável nesse Estado. Para efeitos da definição do termo “jurisdição penal” é irrelevante a base da competência jurisdicional que habilite o Estado para o exercício da sua jurisdição;

b) Entende-se por “imunidade de jurisdição penal estrangeira” a protecção de que beneficiam certos funcionários do Estado perante o exercício da jurisdição penal por parte dos juízes e tribunais de um terceiro Estado;

c) Entende-se por “imunidade *ratione personae*” a imunidade de jurisdição penal estrangeira de que gozam certos funcionários do Estado, em virtude do estatuto relevante que os mesmos tenham nesse Estado de que são nacionais, e que lhes atribui, de modo directo e automático, uma função de representação do Estado no âmbito das relações internacionais;

d) Entende-se por “imunidade *ratione materiae*” a imunidade de jurisdição penal estrangeira de que beneficia um funcionário do Estado em relação aos actos por ele praticados no exercício do seu mandato e que podem ser qualificados como “actos oficiais”.

Artigo 4.º (“Alcance subjectivo da imunidade *ratione personae*”)

O Chefe de Estado, o Chefe de Governo e o Ministro dos Negócios Estrangeiros beneficiam de imunidade perante o exercício da jurisdição penal por parte de um Estado estrangeiro.

Artigo 5.º (“Âmbito de aplicação material da imunidade *ratione personae*”)

1. A imunidade de jurisdição penal estrangeira de que beneficiam o Chefe de Estado, o Chefe de Governo e o Ministro de Negócios Estrangeiros abrange todos os actos, privados ou oficiais, praticados pelas ditas pessoas antes da sua nomeação ou durante o exercício do seu mandato.

2. O Chefe de Estado, o Chefe de Governo e o Ministro de Negócios Estrangeiros não beneficiam de imunidade *ratione personae* em relação aos actos, privados ou oficiais, que possam praticar posteriormente ao término do seu mandato. Isto, sem prejuízo de outras formas de imunidade de que possam beneficiar as ditas pessoas relativamente aos actos oficiais praticados pelas mesmas antes do término do seu mandato, em virtude de uma imunidade distinta.

Artigo 6.º (“Âmbito temporal da imunidade *ratione personae*”)

1. A imunidade *ratione personae* aplica-se, exclusivamente, durante o período de duração do mandato do Chefe de Estado, do Chefe de Governo ou do Ministro de Negócios Estrangeiros, e extinguir-se-á automaticamente no momento do término do dito mandato.

2. A extinção da imunidade *ratione personae* é entendida sem prejuízo de um ex-Chefe de Estado, um ex-Chefe de Governo ou um ex-Ministro dos Negócios Estrangeiros poderem beneficiar, após a cessação dos seus respectivos mandatos, da imunidade *ratione materiae* em relação aos actos oficiais praticados pelos mesmos durante o período que desempenharam tais cargos.

i) Artigo 1.º (“Âmbito de aplicação do presente projecto de artigos”)

1. O presente projecto de artigos diz respeito à imunidade de que beneficiam os funcionários do Estado perante o exercício da jurisdição penal por parte de um terceiro Estado.

2. O presente projecto de artigos aplica-se sem prejuízo da imunidade de jurisdição penal resultante de regras especiais de direito internacional, em particular daquelas usufruídas por pessoas ligadas a missões diplomáticas, postos consulares, missões especiais, organizações internacionais e forças militares de um Estado.

Como observamos, o projecto de artigo 1.º dedica-se ao estabelecimento do âmbito de aplicação do Projecto de Artigos sobre a Imunidade de Jurisdição Penal Estrangeira dos Agentes/Funcionários de um Estado. O n.º 1 deste artigo ocupa-se desta questão, enquanto o n.º 2, por sua vez, contém uma «cláusula de salvaguarda» em que se enumeram as situações que, de acordo com as regras de direito internacional, estão reguladas por regimes especiais que, desta forma, se encontram excluídos do âmbito de aplicação do presente Projecto. Quanto ao objecto do Projecto de Artigos podemos dividi-lo em três elementos: 1) os beneficiários das imunidades (funcionários do Estado); 2) tipo de jurisdição afectada pela imunidade (jurisdição penal); 3) plano em que opera a jurisdição penal em causa (jurisdição penal Estadual, isto é, opera no plano horizontal)²⁶⁵. A Comissão decidiu circunscrever o âmbito de aplicação do Projecto à imunidade de jurisdição penal “estrangeira”, ou seja, àquela que reflecte a relação horizontal entre os Estados. Assim, uma interpretação *a contrario sensu* permite-nos concluir pela exclusão, deste campo de aplicação, das imunidades perante tribunais internacionais criminais – que devem sujeitar-se ao regime jurídico presente nos Estatutos dos respectivos tribunais²⁶⁶.

ii) Artigo 2.º (“Definições”)

Para efeitos do presente projecto de artigos:

[...]

²⁶⁵ ILC, *Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Report of the International Law Commission on the work of its sixty-fifth session, 6 May to 7 June and 8 July to 9 August 2013, A/68/10, 2013, chp.V, paras. 40-49, p. 57.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 58.

e) O termo “funcionário do Estado” significa um indivíduo que representa o Estado ou que exerce funções do Estado.

O projecto de artigo 2.º, alínea e), procede à definição da expressão “funcionários do Estado”, isto é, identifica as pessoas a quem se aplicam as disposições do presente Projecto. É uma norma de carácter geral, não devendo confundir-se com os projectos de artigos 3.º e 5.º que, por sua vez, enumeram os beneficiários de cada tipo de imunidade²⁶⁷. Como veremos, a Comissão utilizou uma enumeração taxativa para definir os beneficiários das imunidades *ratione personae*. Contudo, apesar destes indivíduos deverem ser incluídos no conceito geral desta definição, a Comissão optou por não utilizar a mesma técnica no que concerne à definição dos beneficiários das imunidades *ratione materiae*²⁶⁸ – não se afigura possível elaborar uma lista exaustiva dos mesmos, já que a diversidade dos cargos dos indivíduos que podem gozar destas imunidades, bem como a variedade de sistemas jurídicos existentes, torna esta tarefa (praticamente) impossível. Assim, a identificação dos indivíduos que podemos qualificar como “funcionários do Estado”, para efeitos de aplicação da imunidade *ratione materiae*, deverá realizar-se casuisticamente, aplicando-se os critérios que se incluem na definição – que permitem concluir pela existência de um vínculo específico entre o Estado e o funcionário: representação do Estado ou exercício de funções públicas estaduais. Devemos ainda destacar que a definição de “funcionários do Estado” se refere, única e exclusivamente, ao beneficiário da imunidade, sem que para tal seja necessário qualquer tipo de pronúncia sobre a questão de quais os actos cobertos pela imunidade de jurisdição penal “estrangeira”²⁶⁹. Não obstante, a expressão “funções de um Estado” deve ser entendida como significando actividades próprias de um Estado²⁷⁰, onde se incluem as funções legislativa, judicial e executiva ou de outra índole própria de um Estado²⁷¹.

²⁶⁷ ILC, *Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Report of the International Law Commission on the work of its sixty-sixth session, 5 May - 6 June and 7 July - 8 August 2014, A/69/10, 2014, chp.IX, paras. 123-132, p. 249.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 250.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 251.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 252.

²⁷¹ O mais importante consiste na identificação e definição do vínculo existente entre o indivíduo e o Estado.

iii) Artigo 3.º (“Pessoas que beneficiam de imunidade *ratione personae*”)

Chefes de Estado, Chefes de Governo e Ministros dos Negócios Estrangeiros beneficiam de imunidade *ratione personae* perante o exercício de jurisdição penal estrangeira.

Já o projecto de artigo 3.º procede a uma enumeração (taxativa) dos funcionários ou agentes de um Estado que poderão beneficiar das prerrogativas relativas às imunidades de jurisdição penal “estrangeira” *ratione personae*: Chefes de Estado, Chefes de Governo e Ministros dos Negócios Estrangeiros²⁷².

iv) Artigo 4.º (“Âmbito da imunidade *ratione personae*”)

1. Os Chefes de Estado, Chefes de Governo e Ministros dos Negócios Estrangeiros beneficiam de imunidade *ratione personae* apenas durante o seu mandato.

2. A imunidade *ratione personae* abrange todos os actos, privados ou oficiais, praticados pelos Chefes de Estado, Chefes de Governo e Ministros dos Negócios Estrangeiros, durante ou antes do seu mandato.

3. A cessação da imunidade *ratione personae* é entendida sem prejuízo da aplicação das normas de direito internacional em matéria de imunidade *ratione materiae*.

Por sua vez, o projecto de artigo 4.º determina o âmbito de aplicação – material e temporal – da imunidade *ratione personae*. A inclusão da expressão “apenas” tem como principal objectivo circunscrever a aplicação deste tipo de imunidade ao período em que aqueles indivíduos se encontrem a desempenhar o seu mandato. Saliente-se o facto de as imunidades *ratione materiae*, tal como dispõe o n.º 3, manterem a sua eficácia independentemente da cessação das imunidades *ratione personae* – que, como sabemos, extinguem-se após a cessação de funções do indivíduo em questão²⁷³.

v) Artigo 5.º (“Beneficiários de imunidade *ratione materiae*”)

Os funcionários do Estado que actuem enquanto tal, beneficiam de imunidade *ratione materiae* perante o exercício de jurisdição penal estrangeira.

²⁷² ILC, como na nota 265, p. 62.

²⁷³ *Ibidem*, p. 75.

Por último, o projecto de artigo 5.º pretende definir o alcance subjectivo da imunidade *ratione materiae* na relação horizontal entre Estados²⁷⁴. A expressão “que actuem enquanto tal” faz referência ao carácter oficial da actuação dos funcionários, enfatizando-se, neste ponto, o carácter funcional da imunidade *ratione materiae*. Devemos ainda salientar que apesar de alguns membros da Comissão terem alertado para o facto de o elemento essencial da imunidade *ratione materiae* se encontrar directamente relacionado com a natureza dos actos praticados – e não com a qualidade oficial do indivíduo que os pratica – a maioria da Comissão considerou de maior utilidade a identificação primária dos beneficiários desta categoria de imunidade – já que, na sua opinião, o momento da identificação *prima facie* dos beneficiários deste tipo de imunidades antecede a qualificação dos actos *sub judice* – esta maioria destaca ainda, a nosso ver mal, que a referência à actuação enquanto funcionários de um Estado, para efeitos de atribuição de imunidade *ratione materiae*, não implica qualquer tipo de pronúncia sobre a qualidade dos actos visados²⁷⁵.

²⁷⁴ ILC, como na nota 267, p. 254.

²⁷⁵ *Ibidem*.

IV

As Imunidades de Direito Internacional e os Tribunais Internacionais

No presente Capítulo procuraremos abordar a questão da irrelevância das imunidades de direito internacional ao nível da cooperação judiciária vertical, isto é, considerando a racionalidade inerente à criação daqueles mecanismos, bem como os contornos que entretanto se foram consolidando com a evolução dos mesmos, pretendemos responder à seguinte questão: será que as imunidades de direito internacional – quando esteja em causa a prática de “core international crimes” – devem funcionar como obstáculo no plano da cooperação judiciária vertical – ou seja, no âmbito da relação estabelecida entre Estados e os órgãos judiciais internacionais?

O princípio da responsabilidade penal individual tem vindo a assumir-se como um dos mais importantes princípios de direito internacional no âmbito dos “core crimes”. Como tal, a comunidade internacional tem adoptado o entendimento segundo o qual determinados crimes, pela gravidade e impacto universal que envolvem, não podem deixar de ser punidos, uma vez que tal facto conduziria a uma consequente descrença por parte da comunidade na força das normas jurídico-penalmente relevantes objecto de violação. Contudo, a efectividade deste princípio pode, por vezes, ser limitada em virtude da existência de um conjunto de imunidades de direito internacional reconhecidas a determinados indivíduos – que recorrem a estas prerrogativas numa clara tentativa de se subtraírem às suas responsabilidades.

O Caso *Yerodia* estabeleceu, no seu famoso *obiter dictum*, como vimos *supra*, um conjunto de situações em que as imunidades de direito internacional não têm relevância – desde que verificadas algumas circunstâncias. Neste seguimento, estamos de acordo com aquele Tribunal quando afirma que certos tribunais – desde que verificada a sua competência jurisdicional – podem exercer a sua jurisdição independentemente de o indivíduo em questão ser MNE (leia-se, também, Chefe de Estado, Primeiro-Ministro ou qualquer outro agente oficial de um Estado), nomeadamente o TPI e os Tribunais

Internacionais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda. Esta conclusão do TIJ parece apontar no sentido da irrelevância das imunidades de direito internacional – funcionais e pessoais –, reconhecidas a determinados indivíduos, sempre que o julgamento destes seja levado a cabo por parte de um tribunal internacional criminal. Todavia, aquele Tribunal não forneceu qualquer tipo de critérios para que, daí em diante, pudesse ser operada uma distinção entre tribunais nacionais de um Estado e tribunais internacionais criminais para aquele efeito. Assim sendo, na nossa opinião, revela-se de extrema importância identificar alguns critérios susceptíveis de serem utilizados para distinguir um tribunal nacional de um tribunal internacional criminal para efeitos de irrelevância das imunidades de direito internacional.

1. Os Tribunais Internacionais Criminais: principais características

A decisão do Tribunal Especial para a Serra Leoa (TESL), sobre a questão da imunidade de Charles Gankay Taylor²⁷⁶, utilizou a proposta do TIJ – relativamente à distinção entre tribunais nacionais e internacionais – para concluir pela irrelevância das imunidades daquele indivíduo perante a sua jurisdição. No âmbito desta decisão foram apresentados dois relatórios de *Amici Curiae* (Professor Philippe Sands e Professora Diane Orentlicher²⁷⁷) que versaram sobre a questão dos critérios que permitem identificar aquele Tribunal enquanto órgão judicial internacional criminal. De acordo com o Professor Sands, a legalidade da emissão de um mandado de detenção depende do conjunto de poderes e da base legal em que assenta o Tribunal responsável pela emissão. Posto isto, este Autor conclui que o TESL, para além de não fazer parte do sistema judiciário da Serra Leoa, apenas pode ser visto como um autêntico tribunal internacional, uma vez que foi criado por um tratado onde se estabelecem competências e jurisdição similares às conferidas a outros tribunais internacionais (v.g. Tribunais *ad hoc* e o TPI)²⁷⁸. Por sua vez, a Professora Diane

²⁷⁶ *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Special Court for Sierra Leone, Decision on Immunity from Jurisdiction, 31 May 2004, SCSL-2003-01-I.

²⁷⁷ *Ibidem*, pp. 11 e 12.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 11. Apesar de ter chegado à conclusão de que estávamos perante um autêntico tribunal internacional em virtude de este possuir todas as características associadas à caracterização das organizações internacionais clássicas, este Autor não individualizou quais os critérios que considerou para chegar à mesma.

Orentlicher, tendo chegado à mesma conclusão, salientou que para efeitos da distinção, operada pelo TIJ na decisão Yerodia, entre tribunais nacionais e internacionais, o TESL apenas pode ser considerado como um tribunal internacional criminal – contudo, também esta Autora não apresentou quaisquer características capazes de servir de orientação no que diz respeito ao estabelecimento daquela distinção.

Assim, tal como salienta Ciara Damgaard, podemos afirmar que “não existe ainda uma definição legal universalmente aceite nesta matéria, já que tanto a jurisprudência como a literatura jurídica têm utilizado a expressão «tribunal internacional criminal» sem que tenham, para tal, identificado quais as características principais que permitem a caracterização de um tribunal enquanto órgão judicial internacional”²⁷⁹.

Neste momento, afigura-se-nos essencial a identificação dos critérios que permitem classificar um tribunal enquanto «tribunal internacional criminal» para efeitos da irrelevância das imunidades de direito internacional perante estes órgãos. Já o Lord Lloyd of Berwick havia salientado, aquando do julgamento Pinochet I²⁸⁰, que existem determinados órgãos judiciais apropriados para julgar os indivíduos acusados da prática de crimes de direito internacional – ainda que estes possam gozar de imunidades de direito internacional. Na nossa opinião, os tribunais internacionais – especialmente, o TPI – apresentam-se como os foros mais adequados para julgar e punir aqueles indivíduos, pois nestas instâncias judiciais, a racionalidade inerente à criação das imunidades de direito internacional não assume qualquer tipo de relevância, isto é, no âmbito da cooperação judiciária internacional vertical, as prerrogativas das imunidades (*ratione materiae* e *personae*) parecem não operar. Enunciemos, então, algumas características capazes de servir de orientação no momento da qualificação de um tribunal enquanto órgão judicial internacional (criminal).

Em primeiro lugar, a base legal da criação dos tribunais internacionais pode ter três origens: 1) Tratado internacional celebrado entre dois ou mais Estados; 2) Resolução do CS da ONU no âmbito dos poderes conferidos pelo Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; 3) Acordo entre a ONU e um ou mais Estados. Um exemplo de um tribunal internacional criado em virtude da celebração de um tratado (“treaty-based court”) é o TPI.

²⁷⁹ CIARA DAMGAARD, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, Springer Science & Business Media, 2008, p. 266.

²⁸⁰ Cf. *supra* ponto 1.1., do Capítulo III.

De seguida, surgem os Tribunais Internacionais para a ex-Jugoslávia²⁸¹ e para o Ruanda²⁸², cuja criação teve por base duas resoluções do CS da ONU. Por último, temos o TESL, criado através de um acordo celebrado entre a ONU e o Governo da Serra Leoa²⁸³. Assim, na nossa opinião, para que um tribunal seja considerado internacional, para estes efeitos, será necessário aferir se a sua base legal se reporta a umas das três situações enunciadas.

De seguida, podemos afirmar que um tribunal internacional não pode fazer parte do sistema judiciário de um Estado, isto é, para que seja caracterizado como órgão judicial internacional será necessário que o tribunal em questão seja independente da estrutura judiciária de um Estado – um tribunal deve ser independente de todos os sistemas legais nacionais²⁸⁴. Tal como salienta Ciara Damgaard, os Professores Sands e Orentlicher consideraram que este é um dos factores mais importantes nesta caracterização²⁸⁵.

Outro requisito prende-se com o facto de estes órgãos deverem aplicar, em primeiro plano, direito internacional penal. Contudo, a aplicação de direito nacional por parte de um tribunal não implicará, na nossa opinião, o imediato afastamento da possibilidade da sua caracterização enquanto órgão judicial internacional. Ainda assim, entendemos que as decisões de um verdadeiro tribunal internacional devem ser tomadas partindo das disposições de direito internacional (neste caso específico, penal) e, somente nos casos em que se afigure necessário – v.g. quando o direito internacional não permita alcançar uma conclusão –, poderá aquele tribunal socorrer-se de algumas disposições constantes de legislações nacionais²⁸⁶.

No que diz respeito à jurisdição destes tribunais, entendemos que também ela deverá revestir um carácter internacional, isto é, a jurisdição de um órgão judicial internacional deve exceder, em termos de competência jurisdicional, as atribuições que um determinado Estado possa, nesta matéria, atribuir aos seus órgãos judiciais nacionais. Na esteira de Ciara Damgaard, entendemos que este requisito deve ser interpretado no sentido de ser exigido que o órgão judicial em questão tenha jurisdição – *ratione materiae* e *personae* – sobre os crimes de direito internacional, de acordo com as disposições de

²⁸¹ Cf. Resolução 827/1993 do CS da ONU, actuando ao abrigo do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas.

²⁸² Cf. Resolução 955/1994, actuando ao abrigo do disposto no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas.

²⁸³ Cf. Resolução 1315/2000 do CS da ONU, acordo celebrado entre o Secretário-Geral das Nações Unidas e o Governo da Serra Leoa.

²⁸⁴ CIARA DAMGAARD, como na nota 279, p. 317.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 318.

direito internacional sobre a matéria (mormente, as disposições constantes dos seus Estatutos).

Por sua vez, devemos apontar que as decisões de um tribunal internacional devem ser vinculativas, isto é, a partir do momento em que são conferidos poderes judiciais ordinários a um determinado tribunal, as suas decisões passam a ser, por natureza, vinculativas.

Por último, consideramos ainda importante determinar qual a natureza da relação entre um tribunal internacional e os tribunais nacionais de um Estado. Na nossa opinião, para que possamos qualificar um tribunal enquanto órgão judicial internacional, aquela relação terá de revestir uma de duas possibilidades. Em primeiro lugar, a maior parte dos tribunais internacionais – reconhecidos como tal²⁸⁷ –, criados até ao momento, têm uma relação de primazia quando confrontados com as jurisdições penais nacionais dos Estados. Não obstante, a sua classificação enquanto tribunal internacional não se encontra dependente desta relação de primazia, já que consideramos que este tribunal poderá ter uma relação de complementaridade com os tribunais nacionais²⁸⁸, ou seja, a sua actuação poderá ser subsidiária das jurisdições penais nacionais – actua quando estes não queiram, não possam ou não tenham condições para actuar. Assim sendo, neste âmbito, podemos afirmar que a única característica capaz de afastar a qualificação de um tribunal enquanto órgão judicial internacional prende-se com o facto de a sua jurisdição se encontrar num plano de dependência relativamente à jurisdição penal nacional dos Estados.

Em jeito de conclusão, podemos resumir as principais características – que definem um tribunal enquanto órgão judicial internacional – em seis critérios:

- 1) a base legal do tribunal;
- 2) o tribunal não pode fazer parte do sistema judiciário de um Estado;
- 3) o tribunal deve aplicar, em primeiro plano, direito internacional penal;
- 4) a sua jurisdição *ratione materiae* e *personae* deve ser internacional;
- 5) as suas decisões devem ser vinculativas;
- 6) o tribunal deve ter uma relação de primazia ou, pelo menos de complementaridade, com as jurisdições penais nacionais.

²⁸⁷ Tribunal Internacional para a ex-Jugoslávia, Tribunal Internacional para o Ruanda e Tribunal Especial para a Serra Leoa.

²⁸⁸ O TPI é um tribunal internacional permanente cuja relação com os sistemas judiciários nacionais dos Estados Partes se situa num plano de complementaridade.

2. O Tribunal Penal Internacional

2.1. A Ordem Jurídica Portuguesa: o Art. 7.º, n.º 7 da CRP (“Cláusula TPI”) e suas consequências jurídicas

Aqui chegados, não podíamos deixar de analisar, ainda que superficialmente, as consequências jurídicas, resultantes da ratificação do ERTPI, operadas na nossa ordem jurídica. Vejamos.

A revisão constitucional extraordinária de 2001 veio introduzir, no nosso ordenamento jurídico-constitucional, o art. 7.º, n.º 7 da CRP. Esta previsão normativa, conhecida, ordinariamente, como “Cláusula TPI”, traduz a preocupação²⁸⁹ do legislador constituinte referente à incorporação das obrigações resultantes da ratificação, do ERTPI, pelo nosso Estado.

Na esteira do pensamento de Gomes Canotilho e Vital Moreira, este artigo constitui uma cláusula genérica de recepção do ERTPI²⁹⁰. Esta cláusula deve ser perspectivada de acordo com as várias dimensões que comporta: a) é uma cláusula de remissão global para o ERTPI, o que implica a constitucionalização de todas as soluções consagradas neste Estatuto, embora discrepantes ou divergentes com as normas da CRP; b) é uma cláusula constitucional aberta, pois remete formalmente para o ERTPI e não para o concreto conteúdo material actual; e, por último, c) é uma cláusula de garantia da complementaridade (subsidiariedade) do TPI em relação aos tribunais nacionais²⁹¹.

Como sabemos, a própria jurisdição do TPI encontra-se sujeita ao princípio da subsidiariedade (consagrado nos artigos 1.º e 17.º, n.º1, alínea a) do ERTPI), logo, o Tribunal tem uma intervenção caracterizada pela sua complementaridade, pois actua

²⁸⁹ Preocupação que se concretiza na “necessidade de, com carácter urgente, arrear os obstáculos que a Constituição da República Portuguesa na sua versão em vigor, opõe à aprovação, pela Assembleia da República, do Tratado de Roma que institui o Tribunal Penal Internacional”. Consultar em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/tpi-estatuto-roma.html>.

²⁹⁰ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa : anotada*, Vol. 1, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007-2010, p. 248.

²⁹¹ *Ibidem*.

apenas quando os Estados demonstrarem não querer actuar ou forem genuinamente incapazes de organizar e promover, eles próprios, a acção penal²⁹².

A revisão extraordinária – que culminou com a constitucionalização expressa da “Cláusula TPI” – procurou salvaguardar normativo-constitucionalmente diversas disposições constantes do ERTPI conflituantes com a CRP²⁹³. Esta cláusula constitucional, constante do art. 7.º, n.º 7 da CRP, implica uma derrogação²⁹⁴ de todas estas regras constitucionais no que respeita ao âmbito da jurisdição penal daquele Tribunal, nomeadamente: 1) o PR passa a poder ser julgado pelo STJ e pelo TPI; a iniciativa de julgamento não terá de partir da AR, podendo partir do Procurador do TPI; por crimes estranhos às suas funções ele poderá ser julgado em qualquer momento pelo TPI; 2) os Deputados passam a ser criminalmente responsáveis pelos seus votos e opiniões; podem ser ouvidos como arguidos e ser presos preventivamente sem autorização da AR; e é possível julgá-los sem necessidade de autorização da AR; 3) também aos membros do Governo se aplica o disposto pela “Cláusula TPI”, podendo estes ser julgados sem necessidade de autorização da AR²⁹⁵.

Posto isto, resta-nos afirmar que, fazendo uso das palavras destes Autores, “a realização de uma justiça internacional e a aceitação da jurisdição do TPI implica, para Portugal, a assumpção da obrigação de cooperação relacionada com a realização de diligências de investigação, com a detenção e entrega de pessoas, com a execução das penas de prisão e com os efeitos internos das penas aplicadas pelo TPI”²⁹⁶.

Por sua vez, Jorge Miranda, na sua interpretação do art. 7.º, n.º 7 CRP, entende que, na esteira do pensamento da maior parte da doutrina, o ERTPI levanta uma problemática a nível jurídico-constitucional. Podemos identificar, desde logo, a questão relevante para a determinação das consequências no nosso ordenamento jurídico: o ERTPI ao declarar – no

²⁹² *Ibidem*, p. 249. É importante referir que, no seguimento da posição sufragada por aqueles Autores, é da competência do TPI ajuizar da vontade/capacidade/independência judicial das autoridades nacionais para proceder à acção penal.

²⁹³ Nomeadamente, as relativas às normas neutralizadoras da imunidade de titulares de cargos políticos e que consagram a irrelevância da qualidade oficial (art. 27.º ERTPI), em desconformidade com as normas constitucionais referentes a imunidades e prerrogativas penais dos titulares de cargos políticos (arts. 130.º, 157.º e 196.º CRP). Ver GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, como na nota 290, p. 249.

²⁹⁴ Como constata Kai Ambos, “as imunidades nacionais, que impedem a perseguição dos crimes previstos no Estatuto de Roma, devem ser eliminadas”. Cf. KAI AMBOS, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, Universidad Catolica Andres, 2004, pp. 239 e 239.

²⁹⁵ VITAL MOREIRA, “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição”, in “*O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*”, Coimbra Editora, 2004, pp. 28 e 29.

²⁹⁶ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, como na nota 290, p. 249 e 250.

seu art. 27.º – a não imunidade dos titulares de cargos políticos, contende com as disposições constitucionais sobre imunidades destes últimos – gerando um conflito que nos compete resolver²⁹⁷. De acordo com este Autor, “quanto à não imunidade dos titulares de cargos políticos, esta apenas abrange crimes praticados pelo Presidente da República fora do exercício das suas funções (art. 130.º, n.º 4 da CRP); não crimes praticados no exercício de funções pelo Presidente, pelos Deputados e pelos membros do Governo, nem qualquer crime no exercício da função de quaisquer titulares dos órgãos, nos termos da Lei n.º 34/87. E, evidentemente, os crimes fixados no Estatuto de Roma não podem ser senão crimes cometidos no exercício de funções. [Na sua opinião t]udo está em integrar o Estatuto e essa Lei”²⁹⁸. Jorge Miranda vai mais longe e afirma, de forma peremptória, o seguinte: “Não se torna, por tudo isto, necessário reconduzir o fenómeno previsto no n.º 7 a recepção material e formal, com constitucionalização do Estatuto de Roma. Há sim, um fenómeno de recepção formal idêntico ao que se observa quanto às convenções internacionais de harmonia com o art. 8.º, n.º 2 da CRP”²⁹⁹. Contudo, na nossa opinião, os argumentos deste Autor não convencem. Entendemos que não podemos considerar este fenómeno, do art. 7.º, n.º 7 da CRP, idêntico ao constante do art. 8.º, n.º 2 da CRP, já que essa interpretação tornaria aquele artigo completamente supérfluo.

Por sua vez, Bacelar Gouveia identifica, também, o problema – relativo às imunidades – de compatibilização entre o nosso texto constitucional e o disposto no ERTPI. Como sabemos, o ERTPI estabelece a irrelevância geral dessas imunidades internas no seu art. 27.º³⁰⁰. Do nosso ponto de vista, revela-se extremamente pertinente a intervenção do Deputado Luís Marques Guedes³⁰¹, relativamente ao assunto das imunidades: “a Constituição, relativamente ao Presidente da República, refere, entre outras coisas, por exemplo, que, por crimes que não sejam do exercício das suas funções, ele só responde no final do mandato. Faz-se, portanto, aqui uma dilação temporal que, do meu ponto de vista, pode entrar em conflito com as normas do Estatuto de Roma. E, como na doutrina portuguesa está estabilizado o princípio de que as normas relativas a direitos e deveres dos órgãos de soberania, maxime, do Presidente da República, não podem ser

²⁹⁷ JORGE MIRANDA, *Constituição Portuguesa: anotada*, Tomo 1, Coimbra Editora, 2005-2007, p. 84.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 85.

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmático-crítica*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 464 (cf. nota de rodapé 965). Ver também RENATA MANTOVANI DE LIMA e MARINA MARTINS DA COSTA BRINA, *O Tribunal Penal Internacional*, Del Rey, pp. 173 e ss.

³⁰¹ DAR, IIS-RC, n.º 2, de 25 de Maio de 2001, pp. 9 e 10.

minimamente alteradas, reduzidas ou ampliadas pela legislação ordinária, a menos que haja uma previsão constitucional expressa relativamente à sua regulação, há aqui um problema que, de facto, se nos coloca”³⁰². Apesar do art. 7.º, n.º 7 da CRP ter tentado resolver a situação de conflito identificada, na realidade, continuamos a registar sérias dificuldades, quer materiais, quer processuais, isto é: do ponto de vista material, não só há imunidades que são insusceptíveis de ser levantadas, como há imunidades que, podendo respeitar aos crimes mais graves, são impeditivas de qualquer julgamento enquanto o titular não cessar funções, como é o caso do Presidente da República³⁰³; do ponto de vista processual, sendo possível o levantamento das imunidades, para ir ao encontro da irrelevância das qualidades oficiais que o ERTPI exige, em alguns casos é devida a colaboração discricionária dos órgãos políticos de soberania, pelo que não se presume qualquer automatismo depois de feito o pedido por parte do TPI³⁰⁴. Assim, de acordo com esta posição doutrinal, o seguro é que estas imunidades existem de um modo geral e até ao momento, a despeito de os seus contornos poderem ser alvo de reponderação, ninguém ousou dizer que elas são dispensáveis ou que estão a mais no sistema democrático³⁰⁵.

Na nossa opinião, da análise apresentada, resulta claro que a posição defendida por Gomes Canotilho e Vital Moreira parece ser a mais adequada em termos interpretativos. Através da criação de uma previsão normativa autónoma – consagrada no art. 7.º, n.º 7 da CRP –, o legislador constituinte pretendeu conferir, explicitamente, guarida jurídico-constitucional ao ERTPI. Se a sua intenção passasse pela mera remissão formal para o ERTPI, tal medida não seria necessária, visto que através do art. 8.º, n.º 2 da CRP poderíamos obter os mesmos resultados – como propugnado por Jorge Miranda –, esvaziando-se o sentido e o conteúdo do art. 7.º, n.º 7 da CRP. Por último, entendemos que a posição de Bacelar Gouveia não contribui para a solução da problemática identificada. Este Autor adopta uma tese que podemos definir como mitigada, o que, neste âmbito tão sensível e controverso, não traz nada de novo. Consideramos que esta posição tenta conciliar duas realidades incompatíveis a este nível, visto que não podemos obter o “melhor de dois mundos”, o que nos obriga a optar pela solução mais consentânea do ponto de vista interpretativo. Como já referimos, nesta questão, a solução interpretativa

³⁰² JORGE BACELAR GOUVEIA, como na nota 300, p. 465 (cf. nota de rodapé 967).

³⁰³ Contrariamente à posição do Dr. Jorge Miranda aquando da análise do art. 7.º, n.º 7 CRP.

³⁰⁴ *Ibidem*, pp. 465 e 466.

³⁰⁵ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª Edição, Actualizada e Ampliada, Almedina, Coimbra, 2010, p. 867.

proposta por Gomes Canotilho e Vital Moreira revela-se, indubitavelmente, a mais convincente.

2.2. A Problematicidade subjacente à interpretação dos arts. 27.º e 98.º do ERTPI

Os artigos 27.º (“Irrelevância da qualidade oficial”)³⁰⁶ e 98.º do ERTPI (“Cooperação relativa à renúncia, à imunidade e ao consentimento na entrega”)³⁰⁷ constituem dois postulados normativos geradores de uma complexa problemática relativamente à sua interpretação conjunta. A tensão existente entre estas duas previsões normativas é indiscutível³⁰⁸. Cingir-nos-emos à questão concernente ao problema das imunidades, desconsideradas pelo art. 27.º – que estabelece o princípio da irrelevância das imunidades de direito interno e internacional quando nos deparemos com uma situação de jurisdição do TPI – e, ao conflito que o art. 98.º pode colocar neste âmbito – visto que, esta norma exige um pedido prévio de levantamento dessa imunidade, podendo ser interpretada como um limite ao âmbito de aplicação do art. 27.º quando estejamos perante um caso que envolva a detenção e entrega de um titular de um cargo que usufrua de uma imunidade³⁰⁹. Assim, podemos observar que o art. 98.º pode, de facto, constituir um obstáculo à cooperação judiciária internacional (*maxime*, com o TPI). Na nossa opinião, a

³⁰⁶ **Artigo 27.º (“Irrelevância da qualidade oficial”)**: “1 - O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal, nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per si motivo de redução da pena. 2 - As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa”.

³⁰⁷ **Artigo 98.º (“Cooperação relativa à renúncia, à imunidade e ao consentimento na entrega”)**: “1 - O Tribunal não pode dar seguimento a um pedido de entrega ou de auxílio por força do qual o Estado requerido devesse actuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados ou de imunidade diplomática de pessoa ou de bens de um Estado terceiro, a menos que obtenha previamente a cooperação desse Estado terceiro com vista ao levantamento da imunidade. 2 - O Tribunal não pode dar seguimento à execução de um pedido de entrega por força do qual o Estado requerido devesse actuar de forma incompatível com as obrigações que lhe incumbem em virtude de acordos internacionais à luz dos quais o consentimento do Estado de envio é necessário para que uma pessoa pertencente a esse Estado seja entregue ao Tribunal, a menos que o Tribunal consiga, previamente, obter a cooperação do Estado de envio para consentir na entrega”.

³⁰⁸ DAPO AKANDE, “International Law Immunities and The International Criminal Court”, *The American Journal of International Law*, Vol. 98, 2004, p. 419.

³⁰⁹ Quer esse pedido seja dirigido a um Estado Parte ou um Estado Não-Parte do ERTPI, como explicitaremos *infra*.

determinação da relevância das imunidades de direito internacional, no âmbito da jurisdição do TPI, apenas pode ser aferida através de uma cuidada análise das disposições presentes no ERTPI sobre a matéria³¹⁰. Vejamos.

O art. 27.º do ERTPI aborda a problemática relativa à posição dos agentes oficiais de um Estado quando confrontados com a jurisdição deste Tribunal. Esta disposição é uma clara manifestação de um dos principais objectivos estabelecidos no Preâmbulo do ERTPI: os Estados Partes deste Estatuto estavam (e estão) “Decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes”, pelo que a responsabilização dos indivíduos – responsáveis pelo cometimento dos crimes mais graves de direito internacional – independentemente da posição oficial que ocupam, constitui um dos mais importantes passos neste sentido³¹¹. Assim, podemos afirmar que este artigo veio determinar a irrelevância das imunidades de direito internacional – *ratione materiae* e *personae* – sempre que a jurisdição do TPI – isto é, que as normas do seu Estatuto – seja competente para julgar e punir determinado agente.

Por sua vez, o art. 98.º do ERTPI foi erigido no seguimento das preocupações, demonstradas pelos Estados que participaram nas negociações deste Estatuto, relativas à possibilidade de existência de obrigações internacionais conflitantes³¹². Assim, este artigo surge com o principal propósito de evitar eventuais conflitos que possam resultar da emissão de um pedido de detenção e entrega emitido pelo TPI, susceptível de conflitar com determinadas obrigações internacionais – v.g. a nível de imunidades de direito internacional – assumidas pelo Estado a quem se pede a cooperação. A solução plasmada neste articulado normativo passa pelo estabelecimento de uma obrigação (vinculativa do TPI) que impõe a este Tribunal o dever de não colocar os Estados Partes numa posição susceptível de originar um conflito entre as obrigações internacionais assumidas pelos mesmos e o pedido de detenção e entrega a que se encontram adstritos (em virtude da sua posição enquanto Estado Parte do ERTPI)³¹³. O âmbito de aplicação do n.º 1 diz respeito às

³¹⁰ DAPO AKANDE, como na nota 308, p. 419.

³¹¹ OTTO TRIFFTERER, “Article 27: Irrelevance of Official Capacity”, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers, notes, article by article* (ed. Otto Triffterer), Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 509. Este Autor acrescenta ainda que o facto de um sujeito ser agente oficial de um Estado poderá constituir uma circunstância agravante (p. 511).

³¹² KIMBERLY PROST e ANGELIKA SCHLUNCK, “Article 98: Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender”, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers, notes, article by article* (ed. Otto Triffterer), Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 1131.

³¹³ Como salienta Dapo Akande, “a PTC encontra-se vinculada pelo dever de verificar, previamente, se a emissão de um mandado de detenção e entrega é susceptível de colocar os Estados Partes numa posição de

situações em que o pedido de detenção e entrega não pode ser emitido pelo Tribunal em virtude do reconhecimento, por parte deste órgão, da existência de imunidades de direito internacional que conflituam com aquele pedido³¹⁴. Assim, uma análise deste número permite-nos afirmar que se o Tribunal identificar a existência de tal conflito, apenas terá duas hipóteses: 1) abandonar a intenção de emitir o pedido de detenção e entrega; ou 2) procurar obter a cooperação do Estado terceiro relativamente ao levantamento das imunidades de direito internacional de que goze o indivíduo em questão, antes de emitir aquele pedido³¹⁵. Quanto ao n.º 2 deste artigo 98.º, podemos afirmar que o seu âmbito de aplicação diz respeito às questões resultantes de um conflito entre um pedido de detenção e entrega emitido pelo TPI e as obrigações assumidas pelo Estado requerido em virtude da celebração de um acordo internacional, isto é, esta previsão normativa pretende proteger a problemática relativa à re-extradição de um determinado indivíduo, constante da maioria dos acordos bilaterais sobre extradição celebrados entre um Estado Parte do ERTPI e um Estado terceiro (v.g. o caso dos SOFA's)³¹⁶. Contudo, a nossa investigação concentrar-se-á apenas nas consequências resultantes da aplicação do art. 98.º, n.º 1 do ERTPI. Vejamos.

Tal como salienta Pedro Caeiro, “o art. 98.º prevê a possibilidade de a execução de um pedido de entrega, a ser levada a cabo, forçar o Estado requerido a uma actuação incompatível com as obrigações que lhe incumbem à luz do direito internacional em matéria de imunidade dos Estados (n.º 1)”³¹⁷. Nestas situações, resulta claro que o Tribunal não está autorizado a emitir o pedido de detenção e entrega, excepto quando o “Estado terceiro”, a que o artigo se refere, renunciar à imunidade do indivíduo em questão³¹⁸ ou der o seu assentimento, isto é, concordar com a entrega da pessoa em questão³¹⁹. Como sabemos, este regime resulta da natureza convencional³²⁰ do ERTPI, não sendo plausível

conflito entre aquele pedido e as obrigações internacionais relativas às imunidades”. DAPO AKANDE, “The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al-Bashir’s Immunities”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, 2009, p. 337.

³¹⁴ Como sabemos, cabe ao TPI decidir sobre a existência de um conflito nos termos do art. 98.º do seu Estatuto, já que outras disposições apontam nesse sentido: cf. art. 97.º, art. 119.º, n.º 1 do ERTPI e art. 195.º do Regulamento Processual do TPI. Ver DAPO AKANDE, como na nota 308, pp. 430 e ss.

³¹⁵ KIMBERLY PROST e ANGELIKA SCHLUNCK, como na nota 312, p. 1133.

³¹⁶ *Ibidem*. Cf. ainda DAPO AKANDE, como na nota 308, pp. 426 e ss.

³¹⁷ PEDRO CAEIRO, “O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português”, in *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, p. 99.

³¹⁸ O TPI apenas tem jurisdição sobre indivíduos, não sobre Estados.

³¹⁹ PEDRO CAEIRO, como na nota 317, p. 99.

³²⁰ Ver STEFFEN WIRTH, “Immunities, related problems, and article 98 of the Rome Statute”, in *Criminal Law Forum*, Kluwer Academic Publishers, Vol. 12, 2001, p. 453, em especial nota 98.

que o dever de cooperação com o TPI se sobreponha a outras obrigações – nomeadamente, o respeito pelas imunidades de direito internacional – que já vinculam esse mesmo Estado³²¹. Apesar de o TPI estar autorizado a exercer a sua jurisdição sobre nacionais de Estados Não-Partes³²², nenhuma disposição do seu Estatuto tem a capacidade de determinar a irrelevância das imunidades de direito internacional possuídas, ordinariamente, por parte dos agentes oficiais de um Estado Não-Parte³²³ – o art. 27.º não pode ser tido em consideração, para estes efeitos, uma vez que as disposições do ERTPI apenas vinculam os Estados Partes. Assim, apesar de a Parte 9 do Estatuto estabelecer uma obrigação geral de cooperação com o TPI – a que os Estados Partes estão vinculados – no âmbito da emissão de um pedido de detenção e entrega, estes Estados ao darem cumprimento a um pedido que envolva a detenção e entrega de um sujeito, nacional de um Estado Não-Parte, que usufrua de imunidades de direito internacional, estariam a violar as suas obrigações internacionais.

Na nossa opinião, para que possamos identificar o âmbito de aplicação deste art. 98.º, n.º 1, revela-se fulcral o tratamento da questão relativa à interpretação da expressão “Estados terceiros”. Qual o significado da inclusão desta expressão nesta previsão normativa? Pretende designar um Estado Não-Parte do ERTPI, ou desta não deve resultar qualquer diferenciação entre Estados Partes e Estados Não-Partes?

Pedro Caeiro entende que “atendendo ao elemento literal e sistemático da interpretação da norma, verificamos que o Estatuto nunca usa a expressão “Estado terceiro” (“third State”) para designar um Estado que não é parte no Estatuto, empregando sempre, para tal efeito, a expressão “Estado que não seja parte no presente Estatuto” (“State not Party to this Statute”)³²⁴. Logo, na sua opinião, a noção de “Estado terceiro” deve ser percepcionada a partir da relação triangular estabelecida entre o Tribunal, o Estado requerido e o Estado vinculado pelo pedido de detenção e entrega – comportando esta expressão, de acordo com o sentido literal, todos os Estados (Partes e Não-Partes).

³²¹ *Ibidem*.

³²² Ver art. 12.º, n.º 2, alínea a) do ERTPI.

³²³ DAPO AKANDE, como na nota 308, p. 421. Ver ainda, art. 34.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

³²⁴ PEDRO CAEIRO, como na nota 317, p. 100. Segundo Dapo Akande, a expressão “Estado terceiro”, quando utilizada no direito dos tratados, refere-se usualmente aos Estados Não Partes do tratado em questão. Ainda assim, conclui afirmando que no âmbito do TPI a expressão parece apontar no sentido de se referir a um Estado diferente daquele que tenha a custódia do sujeito. Cf. DAPO AKANDE, como na nota 308, p. 423.

Já Paola Gaeta³²⁵ entende que se o Tribunal estivesse, sempre e em qualquer caso, vinculado ao pedido de levantamento da imunidade do indivíduo, objecto do pedido de detenção e entrega, tal esvaziaria o conteúdo do art. 27.º, n.º 2, já que “as pessoas entregues graças ao levantamento da imunidade já não gozariam, evidentemente, da imunidade que esta última norma considera irrelevante para o exercício da jurisdição do Tribunal”³²⁶. Esta Autora defende que o efeito útil daquela norma apenas pode ser acautelado se interpretarmos a expressão como designando os Estados Não-Partes do ERTPI – somente em relação a estes seria aplicável a exigência de obtenção de um levantamento prévio da imunidade por parte do Tribunal³²⁷.

Por sua vez, Pedro Caeiro procura rebater esta argumentação invocando o preceito constante do art. 90º ERTPI (que regula um problema semelhante), onde os Estados Partes aceitaram expressamente a prevalência da obrigação de cooperação com o Tribunal³²⁸, negando uma interpretação semelhante do art. 27.º, n.º 2. Para este Autor, resulta um pouco forçado entender que os Estados Partes do ERTPI tenham querido abdicar das imunidades, ainda para mais numa norma sobre a jurisdição do TPI³²⁹. Na sua opinião, esta é uma norma de carácter genérico, que tem como principal escopo evitar a subtracção de determinados indivíduos à jurisdição do TPI, não um preceito normativo que elimina a existência de imunidades para os Estados Partes. Logo, seguindo o seu raciocínio, devemos pautar-nos por uma interpretação literal da expressão em análise, resultando para o Tribunal o dever de pedir o levantamento da imunidade de direito internacional ao Estado que dela beneficie, mesmo que este seja Parte no ERTPI³³⁰. Convém referir que tal interpretação não contende com a disposição do art. 27.º, n.º 2, visto que segundo este Autor, esta norma continua a desempenhar uma dupla função em matéria de procedimentos

³²⁵ PAOLA GAETA, como na nota 260, pp. 992 e ss.

³²⁶ PEDRO CAEIRO, como na nota 317, p. 101. A Autora prossegue afirmando que esta interpretação literal culminaria na restrição do âmbito de aplicação do art. 27.º, n.º 2, aos casos marginais em que o titular de uma imunidade diplomática abandona o Estado onde se encontra e comparece voluntariamente perante o Tribunal. Tal entendimento não é possível, já que a questão da disponibilidade da imunidade não se encontra no poder imediato do indivíduo, mas sim no poder do Estado. Consultar STEFFEN WIRTH, como na nota 320, p. 431: “Only a State – never an individual – can waive immunity”. E, por último, cf. LEILA NADYA SADAT, “*The International Criminal Court and the transformation of international law: Justice for the new millennium*”, Transnational Pub, 2002, pp. 202 e 203; e *Prosecutor v Bahar Idriss Abu Garda (Decision on the Confirmation of Charges)* Case No ICC-02/05-02/09-243-Conf (8 Feb 2010).

³²⁷ Os Estados Partes do ERTPI, segundo a Autora, renunciaram à protecção conferida pelas imunidades de direito interno e internacional de que os seus agentes possam gozar em território estrangeiro, sempre que esteja em causa um pedido do TPI. Cfr. PEDRO CAEIRO, como na nota 317, p. 102.

³²⁸ Para uma percepção mais detalhada, ver PEDRO CAEIRO, como na nota 317, p. 102, ponto ii.

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ *Ibidem*, p. 104.

de cooperação: “por um lado, é precisamente o art. 27.º, n.º 2 que confere ao Tribunal a necessária credencial para solicitar ao Estado terceiro (Parte ou Não-Parte) o levantamento da imunidade do seu agente: ... a solicitação dirigida ao Estado é já uma actuação da jurisdição do Tribunal...”; e, “é o art. 27.º, n.º 2 quem cria, para os Estados Partes, a obrigação de não colocar obstáculos à jurisdição do Tribunal em virtude das imunidades de que beneficiem os seus agentes. Daqui decorre que, perante um pedido apresentado pelo Tribunal nos termos o art. 98.º, n.º 1, o Estado terceiro, se for Parte no Estatuto, encontra-se obrigado a proceder ao levantamento da imunidade.”³³¹.

Na nossa opinião, a posição de Paola Gaeta parece conduzir, de uma forma mais simplista e adequada, em termos interpretativos, à mesmíssima conclusão perfilhada por Pedro Caeiro. Em termos práticos, os Estados que sejam Partes no Estatuto estarão sempre obrigados a levantar a imunidade³³², quer em virtude de um pedido prévio (Pedro Caeiro), quer decorra directamente do entendimento dado ao art. 27.º, n.º 2 (Paola Gaeta). Já se estivermos perante um Estado Não-Parte, os dois Autores convergem na solução, concordando que seria sempre necessário um pedido prévio de levantamento da imunidade.

Em jeito de conclusão, parece-nos que Pedro Caeiro ignora, na sua argumentação, o facto de estarmos perante uma situação de cooperação vertical – isto é, não horizontal (entre Estados). Como já referido anteriormente, este Autor defende que o âmbito (temporário) de protecção das imunidades pessoais não é absoluto, podendo a comunidade internacional criar tribunais internacionais criminais – v.g., os Tribunais Internacionais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e para o Ruanda e o TPI –, perante os quais estas imunidades são irrelevantes (as imunidades apenas operam a nível horizontal, não a nível vertical)³³³. Também Paola Gaeta constata que a cooperação vertical com o TPI difere, consideravelmente, da cooperação horizontal entre Estados. Contudo, para esta Autora, o carácter convencional do ERTPI não permite afirmar que a sua legitimação decorre do interesse supra-nacional, da comunidade internacional, relativo à repressão dos crimes mais graves (“core crimes”), impossibilitando que as normas constantes deste Estatuto se

³³¹ *Ibidem*, pp. 104 e 105.

³³² HUGH KING, “Immunities and Bilateral Agreements: Issues arising from Articles 27 and 98 of the Rome Statute”, *New Zealand Journal of Public and International Law*, 2006, p. 287.

³³³ Ver nota de rodapé 146.

apliquem a Estados Não-Partes do mesmo³³⁴. Aprofundaremos estas considerações, subsequentemente, aquando da análise do Caso *Omar Al-Bashir*.

2.3. O Caso Omar Al-Bashir

Este caso, tal como já referido nas considerações introdutórias, constitui um dos pontos fulcrais para a nossa investigação. As várias dimensões do mesmo permitem uma abordagem prática das diversas questões suscitadas ao longo da nossa exposição, nomeadamente, a (ir)relevância das imunidades de direito internacional³³⁵ quando estejamos perante uma situação de cooperação judiciária vertical (relação entre os Estados e o TPI) – dependente da interpretação do art. 27.º, n.º 2 e do art. 98.º, n.º 1 do ERTPI –, bem como a questão relativa ao valor jurídico da denúncia, por parte do CS da ONU, da situação do Sudão junto do TPI (Resolução 1593/2005).

2.3.1. Exposição Sumária do Caso

No dia 4 de Março de 2009, a “Pre-Trial Chamber” do TPI emitiu um mandado de detenção e entrega, do Presidente Sudandês Omar Al-Bashir, para que este comparecesse perante o TPI, de modo a enfrentar diversas acusações por crimes contra a Humanidade e crimes de guerra cometidos no Darfur³³⁶. A situação no Darfur foi denunciada junto do TPI pelo CS da ONU – fazendo uso dos poderes que o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas lhe confere. A União Africana (UA) condenou as acusações contra Al-Bashir, aproveitando uma Assembleia – que ocorreu em Julho de 2009 – para adoptar uma decisão

³³⁴ Esta Autora já defendeu o contrário, afirmando que o TPI constitui um verdadeiro órgão judicial internacional, possuindo o seu Estatuto uma vocação verdadeiramente universal. Aliás, chegou a defender que as imunidades *ratione materiae*, quando suscitadas no âmbito de um procedimento criminal perante um tribunal internacional, deviam considerar-se ineficazes – independentemente da distinção entre Estados Partes e Não-Partes. Cf. PAOLA GAETA, como na nota 242, p. 194.

³³⁵ Mais especificamente, neste caso, a imunidade *ratione personae*.

³³⁶ Consultar JOHAN VAN DER VYVER, “Prosecuting President Omar Al-Bashir in the International Criminal Court”, 2011, disponível no site: <http://web.up.ac.za/sitefiles/file/47/15338/PDF%20Files/Johan%20van%20der%20Vyver.pdf> ; PAOLA GAETA, “Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?”, *Journal of International Criminal Justice* 7, 315-332, Oxford University Press, 2009.

onde se estabeleceu que os Estados Africanos, membros do ERTPI (e os demais), não deviam cooperar com este Tribunal – baseando-se, para tal, na suposta violação, por parte deste último, da previsão normativa do art. 98.º, n.º 1 do ERTPI³³⁷. Em Julho de 2010, Omar visitou o Chade (Estado Parte do ERTPI). Este país tornou-se, consequentemente, no primeiro Estado Parte do ERTPI a desrespeitar o mandado emitido pelo Tribunal – visto que não procedeu à detenção e entrega daquele indivíduo (também o Quênia e o Malawi desrespeitaram aquele mandado)³³⁸. A justificação para este incumprimento assentou no facto de estes Estados terem considerado que o conflito – entre o art. 27.º, n.º 2 e o art. 98.º, n.º 1 – daria prevalência à imunidade de um Chefe de Estado quando em confronto com um mandado emitido pelo TPI³³⁹. Porém, tal não é o entendimento do TPI que, por sua vez, vislumbra as imunidades de direito internacional enquanto um mero obstáculo à cooperação judiciária horizontal, isto é, na opinião deste Tribunal, aquelas prerrogativas mantêm a sua eficácia somente nos casos que envolvam o julgamento de indivíduos por parte de tribunais nacionais de outros Estados – nunca quando estejamos perante a jurisdição de tribunais internacionais criminais³⁴⁰. Este Tribunal teve oportunidade de se pronunciar sobre a actuação da República do Chade, tendo a “Pre-Trial Chamber” reiterado – a 13 de Dezembro de 2011³⁴¹ – este entendimento.

³³⁷ Considerando que o indivíduo em questão é um Chefe de Estado em exercício de funções, gozando por esse facto de imunidade pessoal, os Estados Partes do ERTPI – de acordo com a UA – não podem obedecer ao mandado emitido pelo TPI, sem que haja um prévio levantamento da imunidade, daquele indivíduo, por parte do Sudão (Estado Não-Parte do ERTPI). Cf. JOHAN VAN DER VYVER, “Prosecuting President Omar Al-Bashir in the International Criminal Court”, 2011, p. 2.

³³⁸ O Quênia – também Estado Parte do ERTPI – desrespeitou o mandado de detenção por duas ocasiões, em Agosto e em Outubro de 2010. Já o Malawi desrespeitou o mandado em Outubro de 2011 (*vide*, a este respeito, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, Pre-Trial Chamber I, Case No.: ICC-02/05-01/09, 12 December 2011). Cf. ainda GWEN P. BARNES, “The International Criminal Court’s Ineffective Enforcement Mechanisms: The Indictment of President Omar Al-Bashir”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 34, 2011, pp. 1609 a 1613.

³³⁹ Contudo, tal como resulta do Regulamento Processual do TPI, não lhes cabia a eles decidir sobre este conflito, mas sim ao próprio Tribunal (*vide* nota de rodapé 314). Cf. ainda PEDRO CAEIRO, como na nota 317, p. 112.

³⁴⁰ A grande diferença, entre este Caso e o Caso *Yerodia* (já estudado), reside nesta questão, pois neste último, o mandado de detenção emana de um Tribunal Nacional Belga, enquanto que, na presente situação, o mandado provém de um Tribunal internacional, não sendo aqui aplicável a lógica que motiva a existência das imunidades de direito internacional – e que fundamentou a decisão do TIJ naquele caso – assente no princípio da não-ingerência entre Estados soberanos. A própria decisão do TIJ confirma este entendimento. Cf. ANTONIO CASSESE, como na nota 131, pp. 311 e 312; International Court of Justice, General List, n.º 121, p. 4, 14 February 2002; e, PAOLA GAETA, como na nota 233, pp. 317 a 320.

³⁴¹ *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to comply with the cooperation requests issued by the Court

Assim, cumpre-nos, chegados a este ponto, principiar a nossa análise pela abordagem da problemática relativa ao valor jurídico da denúncia do CS da ONU junto do TPI (resultante da argumentação da primeira decisão da “Pre-Trial Chamber” do TPI – 4 de Março de 2009), passando, de seguida, à análise do princípio da (ir)relevância das imunidades de direito internacional quando estejamos perante a jurisdição de um tribunal internacional criminal (resultante da argumentação da segunda decisão daquele órgão – conjugando as decisões de 12 e 13 de Dezembro de 2011).

2.3.2. A Resolução 1593/2005 do CS da ONU (“Security Council Avenue”)

A importância da relação entre o Conselho de Segurança (CS) da Organização das Nações Unidas (ONU) e o TPI tem sido amplamente debatida pela comunidade jurídica internacional. A principal questão prende-se com a delineação dos contornos da interacção entre estes dois órgãos – tendo em conta que o CS da ONU se caracteriza como um órgão eminentemente político, enquanto o TPI, por sua vez, se caracteriza como um órgão judicial independente. Desde logo, devemos salientar que a relação entre estes se encontra regulada pelo ERTPI – especialmente nos artigos 13.º e 16.º³⁴² deste Estatuto. Como referem os Autores Luigi Condorelli e Santiago Villalpando, à excepção do art. 13.º, alínea b) do ERTPI, este Estatuto não contém qualquer outra norma específica que permita delimitar as características do mecanismo de denúncia (“trigger mechanism”) por parte do CS da ONU – logo, a regulação deste mecanismo deverá passar pela interpretação conjunta das disposições normativas constantes do ERTPI e da Carta das Nações Unidas³⁴³.

De acordo com o ERTPI, o CS da ONU – actuando ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas – poderá denunciar junto do Procurador qualquer situação em que existam indícios da prática de “core crimes”³⁴⁴. Ao contrário das denúncias efectuadas pelos Estados Partes ou pelo Procurador no exercício dos seus poderes *proprio motu* – as

with respect to the arrest and surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, Pre-Trial Chamber I, Case No.: ICC-02/05-01/09, 13 December 2011.

³⁴² Vide MORTEN BERGSMO e JELENA PEJIĆ, “Article 16: Deferral of investigation or prosecution”, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers, notes, article by article* (ed. Otto Triffterer), Baden-Baden: Nomos, 1999.

³⁴³ LUIGI CONDORELLI e SANTIAGO VILLALPANDO, “Referral and Deferral by the Security Council”, in A. Cassese / P. Gaeta / J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2002, p. 629.

³⁴⁴ *Ibidem*. Consultar art. 13.º do ERTPI.

quais têm como requisito adicional a verificação de competência jurisdicional do TPI relativamente à situação *sub judice* –, o CS da ONU tem a grande vantagem de poder “criar jurisdição”³⁴⁵ – isto é, as condições relacionadas com a jurisdição *ratione loci*, bem como a jurisdição *ratione personae*, constantes do art. 12.º, n.º 2 do ERTPI, não têm aplicabilidade quando estejamos perante uma denúncia realizada pelo CS da ONU, uma vez que os poderes vinculativos, constantes do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, obrigam todos os Estados Membros da ONU a cooperar com o TPI³⁴⁶ – ainda que as partes envolvidas não tenham ratificado o ERTPI (ou sequer reconhecido a sua jurisdição).

Como já vimos, a possibilidade do CS da ONU actuar enquanto “trigger mechanism” encontra-se regulada quer pela Carta das Nações Unidas, quer pelo ERTPI. Podemos observar que a Carta estabelece, no art. 39.º, duas condições essenciais para que o CS da ONU possa submeter uma denúncia junto do Procurador do TPI: 1) este órgão apenas poderá actuar se se comprovar³⁴⁷ a existência de uma ameaça à paz, ruptura da paz ou acto de agressão; e 2) a medida adoptada deve ter como principal objectivo a manutenção ou restauração da paz e segurança internacionais³⁴⁸. Assim, podemos afirmar que aquele órgão deverá verificar, previamente, se cumpre os requisitos estabelecidos naquela Carta.

Posto isto, passemos agora à análise dos requisitos exigidos pelo art. 13.º do ERTPI para que o CS da ONU possa denunciar uma situação junto do TPI.

Nesta previsão normativa, podemos identificar dois requisitos fundamentais: 1) o CS poderá actuar sempre que existam indícios da prática de crimes abrangidos pela jurisdição do TPI; 2) aquele órgão deverá efectuar a denúncia ao abrigo dos poderes que lhe são reconhecidos pelo Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Contudo, a verificação destes dois requisitos estará sempre condicionada pela posterior validação por parte do TPI – que poderá entender que não deve actuar (a última decisão caberá sempre ao TPI, que, como sabemos, é um órgão internacional independente)³⁴⁹.

³⁴⁵ JENNIFER TRAHAN, “The Relationship Between the International Criminal Court and the U.N. Security Council: Parameters and Best Practices”, *Criminal Law Forum*, Vol. 24, 2013, p. 419.

³⁴⁶ Consultar art. 25.º da Carta das Nações Unidas.

³⁴⁷ O CS da ONU tem um poder discricionário relativamente à determinação da verificação destas condições, ou seja, o poder discricionário deste órgão não pode ser limitado pelas disposições constantes do ERTPI, uma vez que o exame e a caracterização, de cada uma das situações específicas sob análise, serão objecto de uma valoração política tendo em conta as exigências do caso em concreto.

³⁴⁸ LUIGI CONDORELLI e SANTIAGO VILLALPANDO, como nota 343, p. 630.

³⁴⁹ Ver art. 53.º do ERTPI.

O primeiro requisito exigido pelo ERTPI tem uma natureza substantiva, já que determina que o CS da ONU apenas poderá denunciar uma «situação» (entendida como um conjunto de acontecimentos criminais) – isto é, em princípio não poderá submeter à apreciação do Procurador casos singulares³⁵⁰. Por sua vez, o segundo requisito dita que o CS da ONU apenas poderá actuar quando se verifique uma ameaça à paz, ruptura da paz ou acto de agressão, ou seja, somente nas situações em que o art. 39.º do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas estiver em risco é que a actuação do CS é permitida. Apesar da aparente semelhança com o segundo requisito imposto pela Carta das Nações Unidas, esta condição tem um objectivo diverso daqueloutro. Este requisito impõe ao CS da ONU uma obrigação de mencionar especificamente a qualidade em que dirige uma Resolução ao TPI. Este dever prende-se com a possibilidade deste órgão efectuar meras recomendações – quanto a situações que o Procurador do TPI deva investigar ou acusar – que não constituem uma situação de actuação enquanto verdadeiro “trigger mechanism” – mas sim apenas enquanto colaborador indirecto, já que estas recomendações apenas poderiam dar origem a procedimentos do TPI se o Procurador decidisse lançar mão dos poderes *proprio motu* que lhe são reconhecidos (art. 15.º do ERTPI). Assim, sempre que o CS da ONU entender que deve utilizar os poderes que lhe foram atribuídos pelo ERTPI deverá mencionar, imperativamente, na Resolução de denúncia, a qualidade em que intervém³⁵¹.

Posto isto, apresenta-se-nos uma questão que, na nossa opinião, poderá ser relevante para o objecto da presente investigação: existirá alguma obrigação legal de denúncia, vinculante do CS da ONU, sempre que estejamos perante indícios da prática de “core crimes”? Vejamos.

A Carta das Nações Unidas prevê, nas suas disposições, os poderes e as obrigações a que o CS da ONU se encontra adstrito. Por sua vez, o ERTPI – apesar de contemplar algumas disposições relativas aos requisitos legais impostos ao CS da ONU, no que diz respeito à sua actuação enquanto “trigger mechanism” – nunca poderia almejar a criação de qualquer tipo de obrigação legal vinculativa deste órgão, já que, como sabemos, o ERTPI apenas regula o funcionamento do TPI e dos órgãos que o compõem – nomeadamente, quando estes se deparem com uma denúncia de uma situação efectuada pelo CS da ONU. Por esta ordem de ideias, podemos afirmar que o ERTPI nunca seria capaz de permitir ou mandar o CS da ONU relativamente a uma matéria para a qual este

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 632.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 634.

último órgão não tivesse já a devida competência de acordo com as disposições da Carta das Nações Unidas. No entanto, como sabemos, um dos principais objectivos reconhecidos pelos Estados signatários da Carta diz respeito à promoção e estímulo do respeito pelos direitos do Homem³⁵². Ainda assim, podemos observar que esta Carta não prevê, pelo menos expressamente, qualquer tipo de solução legal quanto à prática de graves crimes de direito internacional. Na nossa opinião, o CS da ONU deve utilizar os poderes que lhe são conferidos, pelo Capítulo VII da Carta, de acordo com os objectivos e princípios que esta consagrou. Apesar de este órgão poder actuar sempre que os requisitos presentes no art. 39.º da Carta se verificarem, não podemos identificar qualquer tipo de obrigação ou dever expresso que imponha ao CS a adopção de quaisquer medidas. Aliás, a interpretação do elemento literal constante do art. 39.º (“O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou acto de agressão e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os artigos 41.º e 42.º, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.”) permite-nos concluir que a utilização – propositada – de verbos permissivos (“determinará”; “decidirá”) apenas aponta no sentido da atribuição da decisão final ao próprio CS da ONU. Não obstante, tal como afirma Jennifer Trahan, os dias de hoje não permitem uma leitura isolada da Carta das Nações Unidas. Segundo esta Autora, a doutrina da responsabilidade de protecção tem vindo a desenvolver-se, sobretudo, após a criação da Carta das Nações Unidas e do ERTPI. De acordo com esta doutrina, a comunidade internacional tem a responsabilidade de proteger todas as pessoas que se encontrem expostas ao perigo em determinadas circunstâncias – tendo aliás, em Janeiro de 2009, o Secretário-Geral das Nações Unidas procedido à identificação dos três pilares a instituir no âmbito da implementação desta³⁵³. O Pilar I destaca a responsabilidade primária dos Estados enquanto protectores dos seus cidadãos. O Pilar II salienta a responsabilidade da comunidade internacional no que concerne à assistência na criação de condições para a protecção efectiva daqueles cidadãos pelos Estados. Por último, o Pilar III diz respeito à responsabilidade da comunidade internacional na tomada de acções eficazes e em tempo útil com o objectivo principal da prevenção do cometimento de crimes de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a Humanidade sempre que um Estado demonstre ser “manifestamente incapaz” de proteger a

³⁵² Art. 1.º, n.º 3 da Carta das Nações Unidas.

³⁵³ *Implementing the Responsibility to Protect: Report of the Secretary General*, UN Doc. A/63/677, 12 January 2009. Disponível em: <http://responsibilitytoprotect.org/implementing%20the%20top.pdf>.

sua população. Integrando esta posição doutrinal na nossa análise, podemos afirmar – respondendo à questão que colocámos – que este entendimento sugere que o CS da ONU se encontra vinculado, actualmente, por uma obrigação legal emergente (e, indubitavelmente, por um dever moral) que determina a obrigatoriedade de actuação sempre que estejam em causa crimes de direito internacional³⁵⁴.

Até à data, o CS da ONU denunciou duas situações junto do TPI: a situação no Darfur (Sudão) – Resolução 1593 – e a situação na Líbia – Resolução 1970. Consideramos que uma das principais preocupações do CS da ONU deverá passar pela adopção de critérios objectivos no momento da redacção das suas Resoluções, já que somente a consistência destas poderá contribuir favoravelmente para a credibilidade das instituições envolvidas. Aliás, uma das problemáticas com maior relevo, no âmbito desta matéria, passa pela definição da linguagem que o CS da ONU deverá utilizar na redacção daquelas Resoluções. A nosso ver, a questão principal está directamente interligada com a exclusão de determinados cidadãos nacionais de Estados Não-Partes do TPI da jurisdição deste Tribunal. Nesta matéria, concordamos com Jennifer Trahan quando afirma que, no futuro, as Resoluções do CS da ONU deverão impor obrigações de cooperação a todos os Estados Membros das Nações Unidas³⁵⁵, já que a exclusão de determinados cidadãos, nacionais de Estados Não-Partes do TPI³⁵⁶, da sua jurisdição, quando exista uma denúncia efectuada pelo CS da ONU, levanta diversos problemas.

Uma análise das duas Resoluções do CS da ONU permite-nos afirmar que estas impõem obrigações de cooperação apenas quanto aos Estados visados – i.e. Sudão e Líbia. Esta limitação poderá levantar uma série de questões controversas, uma vez que, pelo menos aparentemente, os Estados terceiros não se encontram legalmente obrigados (pelas Resoluções) a cooperar com o TPI. Enquanto os Estados Partes do ERTPI se encontram estatutariamente obrigados a cooperar com este Tribunal³⁵⁷, os Estados Não-Partes daquele Estatuto não estão vinculados por qualquer tipo de dever legal no que diz respeito àquela

³⁵⁴ ANNE PETERS, “The Security Council’s Responsibility to Protect”, *International Organizations Law Review*, Vol. 8, n.º 1, 2011, pp. 15 e 16.

³⁵⁵ JENNIFER TRAHAN, como na nota 345, p. 449.

³⁵⁶ A título de exemplo apresentamos uma passagem da Resolução 1970/2011: “*Decides that nationals, current or former officials or personnel from a State outside the Libyan Arab Jamahiriya which is not a party to the Rome Statute of the International Criminal Court shall be subject to the exclusive jurisdiction of that State for all alleged acts or omissions arising out of or related to operations in the Libyan Arab Jamahiriya established or authorized by the Council, unless such exclusive jurisdiction has been expressly waived by the State;*”. (Itálico nosso).

³⁵⁷ Art. 86.º ERTPI (“Obrigação geral de cooperar”).

cooperação³⁵⁸. Na nossa opinião, poderíamos alcançar uma solução mais consensual, se o CS da ONU tivesse adoptado uma posição mais firme no momento da redacção daquelas Resoluções, ou seja, o CS da ONU deveria ter declarado a obrigatoriedade de cooperação com o TPI por parte de todos os Estados Membros das Nações Unidas, ao invés de se ter limitado a exortar todos os outros Estados a cooperarem com este Tribunal – abrindo, desta forma, brechas que continuam a impedir o cumprimento do pedido de detenção e entrega de Omar Al-Bashir. Assim, entendemos que o CS da ONU deverá adoptar, em futuras Resoluções que denunciem situações junto do TPI, uma linguagem dentro da seguinte proposta: “Decides that all U.N. Member States shall cooperate fully with and provide any necessary assistance to the Court and the Prosecutor pursuant to this resolution.”³⁵⁹. Na nossa opinião, este passo irá contribuir, decisivamente, para o sucesso da execução de mandados de detenção emitidos pelo TPI.

Uma outra questão diz respeito à necessidade de acompanhamento, da Resolução de denúncia, por parte do CS da ONU.

Como destaca Jennifer Trahan, o Procurador do TPI está obrigado a emitir dois relatórios anuais – quanto ao progresso das situações objecto das Resoluções do CS da ONU – junto deste órgão. Por sua vez, o CS da ONU não parece ter qualquer tipo de obrigação, a nível deste acompanhamento, relativamente às questões relacionadas com a investigação e prossecução daquelas situações. Não obstante, devemos ressaltar o “Presidential Statement (PRST) on Protection of Civilians in Armed Conflict”, que destaca o papel do TPI e a necessidade (e importância) do acompanhamento das situações objecto de referência por parte do CS da ONU³⁶⁰. Apesar de os Estados Partes do ERTPI se

³⁵⁸ Como refere Jennifer Trahan, podemos considerar que, os Estados Partes da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948, se encontram obrigados a acusar ou extraditar indivíduos que tenham cometido aqueles crimes. Uma leitura conjunta dos artigos 1.º, 4.º e 7.º desta Convenção sustentam este entendimento, mas somente quando estejam em causa crimes de genocídio.

³⁵⁹ JENNIFER TRAHAN, como na nota 345, p. 463.

³⁶⁰ “The Security Council notes that the fight against impunity and accountability for the most serious crimes of international concern has been strengthened through the work on and prosecution of these crimes in the International Criminal Court, in accordance with the Rome Statute, in ad hoc and “mixed” tribunals as well as specialized chambers in national tribunals. In this regard, the Security Council reiterates its previous call on the importance of State cooperation with these courts and tribunals in accordance with the states’ respective obligations, and expresses its commitment to an effective follow up of Council decisions in this regard. The Council intends to forcefully continue to fight impunity and also draws attention to the full range of justice and reconciliation mechanisms, including truth and reconciliation commissions, national reparation programmes and institutional and legal reforms, including guarantees of non-recurrence. The Council reaffirms its readiness to adopt appropriate measures aimed at those who violate international humanitarian law and human rights law.” Statement by the President of the Security Council, 12 February 2013, UN Doc.

encontrarem obrigados a cooperar com este Tribunal por força das disposições estatutárias (e de os Estados do Sudão e da Líbia se encontrarem vinculados àquela cooperação em virtude dos deveres impostos pelas Resoluções do CS da ONU), não podemos deixar de notar que estas obrigações não significam um sucesso automático das investigações e procedimentos criminais. Aliás, os mandados de detenção emitidos pelo TPI, em relação à situação no Darfur (Sudão), ainda não foram executados³⁶¹ – tendo este Tribunal notificado o CS da ONU da falta de cooperação por parte dos Estados. Ainda assim, o CS da ONU não adoptou, até ao momento, qualquer tipo de medida para fazer face às situações de incumprimento reportadas pelo TPI. Aliás, a necessidade de acompanhamento, por parte do CS da ONU, tem vindo a ser reiteradamente reivindicada nas decisões da “Pre-Trial Chamber” II do TPI, onde se tem salientado o facto de: “[U]nlike domestic courts, the ICC has no direct enforcement mechanism in the sense that it lacks a police force. As such, the ICC relies mainly on the States' cooperation, without which it cannot fulfil its mandate. When the Security Council, acting under Chapter VII of the UN Charter, refers a situation to the Court as constituting a threat to international peace and security, it is expected that the Council would respond by way of taking such measures which are considered appropriate, if there is an apparent failure on the part of the relevant State Party to the Statute to cooperate in fulfilling the Court's mandate entrusted to it by the Council. Otherwise, if there is no follow up action on the part of the Security Council, any referral by the Council to the ICC under Chapter VII would never achieve its ultimate goal, namely, to put an end to impunity. Accordingly, any such referral would become futile”³⁶².

Não obstante, têm sido apontadas algumas soluções para o problema da falta de mecanismos de execução por parte do TPI. Uma das ideias assenta na criação de um Grupo de Trabalho – dentro do CS da ONU – para as Denúncias submetidas junto do TPI (“Security Council Working Group for ICC referrals”), com o objectivo de acompanhamento, actualização e auxílio daquele Tribunal nas situações sob a sua

S/PRST/2013/2. Disponível em: http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_prst_2013_2.pdf.

³⁶¹ *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision on the Non-compliance of the Republic of Chad with the Cooperation Requests Issued by the Court Regarding the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al-Bashir”, Pre-Trial Chamber II, Case No.: ICC-02/05-01/09, 26 March 2013; e, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir’s Arrest and Surrender to the Court”, Pre-Trial Chamber II, Case No.: ICC-02/05-01/09, 9 April 2014.

³⁶² *Ibidem*.

alçada³⁶³. Na nossa opinião, também poderá revelar-se útil a harmonização das sanções utilizadas pelo CS da ONU e pelo TPI, nomeadamente, no que diz respeito ao congelamento de fundos e às proibições de viajar³⁶⁴ – até ao momento, não existe qualquer tipo de automaticidade quanto ao congelamento de fundos ou proibições de viajar relativamente a indivíduos que constem de mandados de detenção do TPI. Por último, convém salientar a possibilidade de o Presidente do TPI poder denunciar, junto da Assembleia Geral das Nações Unidas, através de um dos seus relatórios anuais, a necessidade de as Resoluções contemplarem obrigações de cooperação que abranjam todos os Estados Membros da ONU³⁶⁵. Em jeito de conclusão, consideramos que o CS da ONU deve providenciar pelo bom andamento dos procedimentos criminais a que tenha dado início através do seu poder de denúncia junto do TPI, já que se encontra em jogo a credibilidade de ambas as instituições.

Por último, devemos salientar que são diversos os Autores³⁶⁶ que procuraram justificar, o dever de detenção e entrega de Al-Bashir, através da Resolução 1593/2005 do CS da ONU (que, como já observámos, denunciou a situação no Darfur ao TPI, obrigando o Sudão e os Estados Parte no conflito a cooperarem totalmente com o TPI, e ainda, exortando todos os outros Estados e Organizações Nacionais e Internacionais a cooperarem totalmente com aquele Tribunal).

Até a própria UA aceita que o CS da ONU – através dos poderes previstos no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas – possa decidir que as regras de direito internacional sobre imunidades não tenham aplicação relativamente a certos procedimentos perante o TPI – contanto que essa decisão seja tomada explicitamente³⁶⁷. No entanto, o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas não faz depender a validade de uma decisão do CS do facto de esta ter sido explícita³⁶⁸. Aliás, o argumento mais importante, para suportar esta posição, resulta da decisão da “Pre-Trial Chamber”, de 4 de Março de 2009, que nos diz que: o CS da ONU também aceitou – na Resolução 1593/2005 – que a investigação sobre a referida situação, bem como qualquer acusação daí decorrente, tivesse lugar em

³⁶³ JENNIFER TRAHAN, como na nota 345, p. 466.

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 467.

³⁶⁵ *Ibidem*.

³⁶⁶ Fred Kennedy Nkusi, Dan Terzian, Dapo Akande.

³⁶⁷ CLAUS KREB, “*The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court’s Statute*”, in Morten Bergsmo and LING Yan (editors), *State Sovereignty and International Criminal Law*, FICHL Publication Series No. 15 (2012), Torkel Opsahl Academic EPublisher, Beijing, pp. 240 e 241.

³⁶⁸ *Ibidem*.

conformidade com o quadro legal previsto no Estatuto, os elementos constitutivos dos crimes e as regras como um todo³⁶⁹. Desta forma, podemos inferir que a intenção do CS da ONU se traduz em colocar o Sudão numa posição análoga à dos Estados Partes do ERTPI³⁷⁰. A grande questão continua a ser se esta decisão implícita do CS da ONU se pode estender para além da relação entre TPI e Sudão, comportando a relação triangular entre TPI, Sudão e Estados Partes obrigados a cooperar, bem como aquela outra estabelecida entre TPI, Sudão e Estados Não-Partes³⁷¹ – de acordo com a construção da “Security Council Avenue” parece-nos que sim³⁷². Só é de lamentar, segundo estes Autores, que a decisão da “Pre-Trial Chamber” tenha discutido este assunto de uma forma tão superficial e incompleta³⁷³.

Parece-nos que, na esteira de JOHAN VAN DER VYVER, esta opção não passou de uma “easy-out strategy”, deixando a questão mais importante (o conflito entre o art. 27.º, n.º 2 e o art. 98.º, n.º 1) para outra altura³⁷⁴.

³⁶⁹ *Ibidem*. Ver DAPO AKANDE, como na nota 313, p. 336.

³⁷⁰ DAPO AKANDE, como na nota 313, pp. 340 e ss. Este Autor salienta que a Resolução – ao exigir que o Sudão coopere totalmente com o TPI – coloca este Estado, ainda que indirectamente, numa posição análoga à de um Estado Parte do ERTPI, pelo que as disposições deste Estatuto vinculam aquele Estado – para além de a Resolução determinar a cooperação total do Sudão, também o art. 25.º da Carta das Nações Unidas obriga que este último respeite quaisquer decisões provenientes do TPI. Assim, a tensão existente, entre os artigos 27.º e 98.º daquele Estatuto, é, na nossa opinião, facilmente solucionável, já que um Estado Parte não desrespeitará as suas obrigações internacionais ao deter e entregar Al-Bashir junto do TPI – concordamos com este Autor quando afirma que as imunidades dos agentes/funcionários do Sudão foram removidas em virtude da aplicação do ERTPI a esta situação. Mais, consideramos que os Estados Partes estão obrigados, estatutariamente, a cooperar com o Tribunal.

³⁷¹ *Ibidem*. Os Estados Não-Partes não estão obrigados a cooperar com o TPI, uma vez que este Tribunal, como já vimos, resulta de um Tratado. A própria linguagem adoptada pela Resolução não permite chegar a outra conclusão, pois a exortação (ou recomendação) está longe de evidenciar qualquer tipo de dever que os vincule. Ainda assim, devemos salientar que, tal como sugere Dapo Akande, a aplicação do ERTPI ao Caso de Al-Bashir, implica a aplicabilidade das disposições deste Estatuto, nomeadamente, a presente no art. 27.º. Considerando que o Estatuto opera, neste caso específico, por força de uma Resolução do CS da ONU (e não como mero Tratado), entendemos que os Estados Não-Partes poderão rejeitar as imunidades deste indivíduo – a Resolução torna o art. 27.º do ERTPI aplicável e eficaz.

³⁷² Paola Gaeta discorda desta posição, sustentando o seu entendimento na disposição normativa do art. 98.º, n.º 1.

³⁷³ DAPO AKANDE, como na nota 313, p. 337.

³⁷⁴ JOHAN VAN DER VYVER, como na nota 336, p. 13.

2.3.3. A Problemática da (Ir)relevância das Imunidades de Direito Internacional (“Customary Law Avenue”)

Uma das fontes de direito internacional, identificada pelo art. 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça (ETIJ)³⁷⁵, é o costume internacional. Como salienta Jónatas Machado, estamos perante “normas não escritas (*leges non scriptae*), geralmente entendidas como legitimadas tácita, consensual e historicamente pela memória e pelo uso (*leges sola memoria et usu retinebant*)”³⁷⁶. O costume continua a assumir uma posição de relevo no plano internacional, apesar de, nos últimos tempos, ter vindo a perder alguma preponderância em virtude da proliferação de tratados internacionais³⁷⁷. Ainda assim, continua a manter-se como uma das mais importantes fontes de direito internacional, já que, mesmo que existam tratados sobre as matérias reconhecidas como costumes de direito internacional, o seu efeito útil mantém-se inalterado, pois o direito internacional costumeiro não pode ser limitado pelo princípio do efeito relativo dos tratados³⁷⁸ – as regras de direito internacional costumeiro vinculam todos os sujeitos de Direito Internacional.

O costume internacional divide-se, tradicionalmente, em dois elementos: 1) o elemento fáctico (“state practice”), que se prende com a existência de uma prática constante e uniforme; e 2) o elemento psicológico (*opinio juris sive necessitatis*), relativo à presença de uma convicção juridicamente relevante sobre a obrigatoriedade, a permissividade ou a proibição de uma dada conduta³⁷⁹. Assim, para que possamos identificar a formação de uma regra ou norma de direito costumeiro será necessário, em primeiro lugar, que exista uma prática reiterada, dotada de razoável duração, consistência, repetição e generalidade³⁸⁰ e, em segundo lugar, que tal prática seja dotada de uma

³⁷⁵ **Artigo 38.º do ETIJ:** “1. O Tribunal, cuja função é decidir em conformidade com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: (...) b) O costume internacional como prova de uma prática geral aceite como direito;”.

³⁷⁶ JÓNATAS E. M. MACHADO, como na nota 35, p. 106.

³⁷⁷ ILC, *First report on formation and evidence of customary international law: by Michael Wood, Special Rapporteur*, 17 May 2013, A/CN.4/663, p. 15.

³⁷⁸ JÓNATAS E. M. MACHADO, como na nota 35, p. 106.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 107. Ver, no mesmo sentido, DAN TERZIAN, “Personal Immunity and President Omar Al Bashir: An Analysis Under Customary International Law and Security Council Resolution 1593”, *UCLA Journal of International Law and Legal Affairs*, Vol. 16, 2011, pp. 3 e ss.

³⁸⁰ ILC, *Formation and evidence of customary international law: Memorandum by the Secretariat*, 14 March 2013, A/CN.4/659, pp. 9 e ss.

convicção de obrigatoriedade por parte dos Estados³⁸¹. De acordo com Michael Byers, as regras de direito internacional costumeiro desenvolvem-se, mantêm-se inalteradas ou transformam-se consoante a atitude adoptada pela maior parte dos Estados, ou seja, é em função dos posicionamentos que estes assumem que poderemos determinar se uma norma é aceite ou, pelo menos, tolerada pela maior parte dos Estados enquanto regra de direito costumeiro³⁸². Este Autor defende que o desenvolvimento, a manutenção ou a alteração de uma norma de direito internacional consuetudinário (individualmente considerada) envolve, necessariamente, um conjunto de factores decorrentes das posições que os Estados adoptem relativamente àquele desenvolvimento. Tendo em conta que a vontade da comunidade internacional apenas pode ser percepcionada através da avaliação da actuação dos Estados que a compõem – e que, a maior parte das vezes, os Estados não conseguem alcançar a unanimidade³⁸³ sobre os assuntos que os ocupam –, apenas nos resta averiguar qual a opinião da maioria dos Estados (procedendo, de seguida, a uma análise comparativista com a força das objecções levantadas pelos Estados pertencentes à minoria). O seguinte exemplo demonstra, em termos gerais, a nossa perspectiva: suponhamos que o *Estado A* pretende que uma norma de direito consuetudinário se estabeleça, actuando nesse sentido ou emitindo uma declaração que suporte essa posição; por sua vez, o *Estado B* não tem qualquer tipo de posição assumida relativamente ao estabelecimento desta regra, ou seja, como que se encontra num estado neutral; já o *Estado C* não concorda com o estabelecimento daquela regra e actua de forma a violar a mesma ou emite uma declaração contestando a sua existência. Presumamos agora que todos os outros Estados adoptam as posições dos Estados A, B e C. Se a maioria dos Estados apoiarem a posição do *Estado A*, alguns Estados apoiarem a posição neutral do *Estado B* e, por último, poucos Estados apoiarem a posição do *Estado C*, podemos afirmar que a regra de direito internacional costumeiro se irá estabelecer enquanto tal (ainda que existam objecções levantadas por certos Estados). Se, por sua vez, a maioria dos Estados aderir à posição do *Estado C*, podemos concluir que a regra não se irá estabelecer, tendo os Estados que pretendiam a sua consagração actuado em desconformidade com as regras de Direito

³⁸¹ *Ibidem*, pp. 17 e ss.

³⁸² MICHAEL BYERS, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge University Press, 2001, p. 157.

³⁸³ Na nossa opinião, a unanimidade surge, neste âmbito, como uma autêntica utopia: desejável mas, ao mesmo tempo, inalcançável!

internacional público³⁸⁴. Será que, aqui chegados, podemos identificar a formação de um costume de direito internacional que determina a irrelevância das imunidades de direito internacional quando o caso (ou situação) seja julgado por parte de um órgão judicial internacional, nomeadamente, pelo TPI? Vejamos.

Concordamos com Paola Gaeta, quando afirma que as regras de direito internacional costumeiro sobre imunidades de Chefes de Estado, em exercício de funções, não se aplicam aos casos de jurisdição de um tribunal internacional criminal³⁸⁵. Na nossa opinião, estas regras não impedem o exercício de jurisdição por parte do TPI relativamente a casos que envolvam Chefes de Estado – inclusivamente nas situações em que o indivíduo pertença a um Estado Não-Parte do ERTPI³⁸⁶. Logicamente, se um Chefe de Estado não goza de imunidade perante o TPI, podemos concluir que não existem qualquer tipo de obrigações de direito internacional sobre os Estados Partes – a nível de imunidades – que tenham de ser levantadas, pois não serão os Estados a exercer o seu *jus puniendi*³⁸⁷. Também Johan van der Vyver entende que existe uma regra, de direito internacional costumeiro, que proclama a irrelevância das imunidades de direito internacional quando as acusações partam de um tribunal internacional criminal, o que, na sua opinião, torna redundante a disposição do art. 98.º, n.º 1 do ERTPI³⁸⁸. Como vimos, o art. 98.º, n.º 1 foi, aparentemente, projectado para manter as regras de direito internacional sobre imunidade jurisdicional de Estados estrangeiros³⁸⁹. Mas, na verdade, a construção deste artigo baseia-se num argumento cuja racionalidade falha ao nível da cooperação judiciária internacional vertical, o que nos permite concluir pela inadequação da sua *ratio* – propomos uma interpretação ab-rogante do mesmo. A proposição segundo a qual, de acordo com as regras de direito internacional, Chefes de Estado, em exercício de funções, quando enfrentem acusações, a nível nacional, de cometimento de crimes internacionais, gozam de imunidade pessoal – relativamente à detenção e procedimento criminal no território de Estados

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 159.

³⁸⁵ PAOLA GAETA, como na nota 233, p. 320: O estabelecimento de Tribunais internacionais com o objectivo de perseguir a prática de crimes internacionais constituiu um importante desenvolvimento no campo da repressão criminal: para tais crimes, o *jus puniendi* deixou de ser uma prerrogativa puramente estatal. E, CLAUS KREB, como na nota 367, p. 246.

³⁸⁶ PAOLA GAETA, como na nota 233, p. 315.

³⁸⁷ JOHAN VAN DER VYVER, como na nota 336, p. 7.

³⁸⁸ *Ibidem*, página 8. Contra, ver opinião de PAOLA GAETA, que, surpreendentemente, conclui que os Estados Parte do ERTPI não estão obrigados a cumprir com o mandado emitido pelo TPI, por violação do art. 98º/1.

³⁸⁹ KIMBERLY PROST e ANGELIKA SCHLUNCK, como na nota 312, p. 1131.

estrangeiros – parece firmada. Como já vimos, o Caso Gaddafi e o Caso *Yerodia* são um óptimo exemplo disso mesmo³⁹⁰. A grande diferença³⁹¹, no Caso *Omar Al-Bashir*, diz respeito ao facto de o mandado emanar de um verdadeiro tribunal internacional – é um mandado de detenção internacional em sentido próprio –, o que nos permite concluir que a racionalidade que subjaz a criação das imunidades de direito internacional falha, rotundamente, ao nível da cooperação com os tribunais internacionais criminais³⁹².

Concluindo, a nosso ver, o direito internacional costumeiro estabeleceu a regra segundo a qual as imunidades de direito internacional *ratione personae* apenas relevam nas situações de acusações junto de tribunais nacionais (*maxime*, constituem obstáculos à cooperação judiciária horizontal)³⁹³. Por esta ordem de ideias, podemos afirmar que o art. 27.º, n.º 2 constitui uma mera concretização do princípio – já existente no Direito Internacional – da irrelevância das imunidades de direito internacional perante a jurisdição de tribunais internacionais criminais – a única decisão judicial sobre este hodierno princípio, anterior à decisão da “Pre-Trial Chamber” de 12 de Dezembro de 2011, é a decisão no Caso *Charles Taylor*³⁹⁴. Na nossa opinião, o processo de formação deste princípio baseia-se no efeito combinado de um conjunto de princípios decorrentes dos

³⁹⁰ Também o Caso *Charles Taylor* adopta esta posição, distinguindo entre o julgamento por um Tribunal de um Estado estrangeiro e o julgamento por um Tribunal internacional criminal. Cf. Special Court for Sierra Leone, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Decision on Immunity from Jurisdiction, 31 May 2004, SCSL-2003-01-I, Parágrafo 52. Por último, a China também parece concordar com este princípio, de acordo com a sua posição no Sexto Comité do Conselho Geral da ONU em 2008, ver A/C.6/63/SR.23, 21 November 2008, Parágrafo 35.

³⁹¹ Ver CLAUS KREB, como na nota 367, p. 257.

³⁹² Até mesmo quando a constituição desse Tribunal provenha de um acordo de partes, isto é, de um Tratado – caso do TPI. Isto porque, podemos constatar que o TPI tem personalidade jurídica (art. 4º ERTPI), garantindo-se isenção e independência perante possíveis tentativas de controlo por parte dos Estados que o criaram. O que torna as imunidades dispensáveis, visto o objectivo que presidiu à sua criação não ter sentido perante estas situações. Os factos, de o ERTPI ter atraído um número significativo de ratificações, de o CS da ONU ter referido duas situações que ameaçavam a paz e segurança internacionais ao TPI para investigação, e ainda, de a ONU ter adoptado a visão por detrás do art. 2º ERTPI conforme o Acordo sobre Relações entre o TPI e a ONU, contribuem, de forma preponderante, para a visão de que, apesar da sua criação formal através de Tratado, a substância do TPI deriva do acordo da comunidade internacional quanto à sua criação. Cf. CLAUS KREB, como na nota 367, p. 247.

³⁹³ Vide, a este propósito, ponto 5.1., Capítulo III.

³⁹⁴ PAOLA GAETA, parece chegar a uma conclusão errada: “O ERTPI permite a derrogação das regras de direito internacional sobre imunidades, mas apenas quando estejamos perante relações entre Estados Partes e o TPI. Quando na relação intervier um Estado Não-Parte do ERTPI, o art. 98.º, n.º 1 exige que este Tribunal dirija um pedido prévio de levantamento de imunidade ao Estado Não-Parte, só depois sendo-lhe lícito emitir o mandado internacional. Concluindo, o TPI não obteve o levantamento da imunidade de Al-Bashir, logo, os passos dados por este Tribunal são *ultra vires* e atentam com o disposto no art. 98.º, n.º 1. Assim sendo, os Estados Partes não estão obrigados a cumprir o pedido do TPI.” Esta Autora parece ignorar o facto de o TPI ser um órgão autónomo de administração de justiça internacional, não lhe sendo, por isso, aplicável o brocardo “*par in parem non habet imperium (or iudicium)*”. Não podemos esquecer que as imunidades de direito internacional funcionam a nível de cooperação judiciária horizontal, já não a nível de cooperação judiciária vertical (como é o caso).

conceitos de "comunidade internacional" e "direito penal internacional *stricto sensu*". Estes princípios têm vindo a ser aceites, de forma gradual, pelos Estados, ao longo das últimas décadas. É possível identificar uma linha consistente de prática dos Estados nesse sentido: começando com Estatuto do Tribunal de Nuremberga, passando pelo precedente judicial Milošević (Tribunal Internacional *ad hoc* para a ex-Jugoslávia), pela formulação no TIJ de um *dictum* sobre tribunais internacionais criminais e, finalmente, na decisão, já mencionada, sobre o Caso *Charles Taylor* (que, como sabemos, não foi objecto de qualquer contestação por parte da comunidade internacional)³⁹⁵. Contudo, devemos observar que este novíssimo princípio de direito internacional costumeiro permanece bastante vulnerável, visto que, pelo menos para já, ainda não existe suficiente prática judicial que permita cristalizar as suas implicações³⁹⁶.

Ainda assim, alguns Autores, contrários a esta ideia, argumentam dizendo que tal princípio não pode existir, em virtude de o Chade e o Quénia não o terem valorado quando recusaram cumprir com o mandado do TPI. Apesar da actuação inicial destes países – e da posição tomada pela UA – parecer implicar a afastamento propugnado sobre a irrelevância das imunidades de direito internacional, tal não permite afirmar que os países membros da UA tenham adoptado a posição por esta defendida. Veja-se que, a 23 de Janeiro de 2012, o “High Court” do Quénia emitiu um mandado de detenção contra Al-Bashir (baseando a sua decisão no mandado emitido pelo TPI) e, em Junho de 2012, o novo Presidente do Malawi, Joyce Banda, anunciou que não receberia Al-Bashir durante a assembleia da UA – posição suportada pela República do Botswana³⁹⁷. Assim sendo, podemos afirmar que a oposição da UA³⁹⁸ – relativamente à decisão de 12 e 13 de Dezembro de 2011 da PTC – não implica

³⁹⁵ Também uma recente decisão da PTC, sobre o Caso Omar Al-Bashir, denota este entendimento: “At the outset, the Chamber wishes to make clear that it is not disputed that under international law a sitting Head of State enjoys personal immunities from criminal jurisdiction and inviolability before national courts of foreign States even when suspected of having committed one or more of the crimes that fall within the jurisdiction of the Court. Such personal immunities are ensured under international law for the purpose of the effective performance of the functions of sitting Heads of States. This view has also been supported by the International Court of Justice (the “ICJ”). An exception to the personal immunities of Heads of States is explicitly provided in article 27(2) of the Statute for prosecution before an international criminal jurisdiction. According to this provision, the existence of personal immunities under international law which generally attach to the official capacity of the person “shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person”, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, “Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir’s Arrest and Surrender to the Court”, Pre-Trial Chamber II, Case No.: ICC-02/05-01/09, 9 April 2014.

³⁹⁶ CLAUS KREB, como na nota 367, p. 254.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 259.

³⁹⁸ E que, ainda hoje, se mantém inalterada, observando-se a degradação das relações entre o TPI e a UA. Cf. “Decision on Africa’s Relationship with the International Criminal Court (ICC)”, Decisions and

a exclusão do princípio da irrelevância das imunidades de direito internacional perante tribunais internacionais criminais. Aliás, a prática de vários países africanos, membros da UA, tem demonstrado a crescente aceitação deste princípio, como já referido³⁹⁹.

Declarations, Extraordinary Session of the Assembly of the African Union, 12 October 2013, Addis Ababa, Ethiopia.

³⁹⁹ CLAUS KREB, como na nota 367, p. 261.

Conclusão

“Qualquer passo em direcção ao objectivo da justiça requer sacrifício, sofrimento e luta; e o esforço incansável e o empenho apaixonado de indivíduos dedicados.”

MARTIN LUTHER KING

Aqui chegados, podemos afirmar que as imunidades de direito internacional continuam a evidenciar o conflito existente entre os interesses inerentes à estabilidade das relações internacionais e aqueles outros intrínsecos à responsabilização criminal dos perpetradores de crimes de direito internacional.

Na nossa opinião, a presente dissertação permite ao leitor obter, de uma forma geral, a base necessária para uma interpretação adequada do regime das imunidades de direito internacional – enquanto (possíveis) obstáculos à cooperação judiciária internacional (horizontal e vertical) em matéria penal.

Como observámos, não existe ainda uma definição, comumente aceite, de crimes de direito internacional. Este tipo específico de crimes circunscreve-se, pelo menos de momento, ao conjunto de crimes consagrados pelo ERTPI. O acervo de crimes, objecto do nosso estudo, resulta de uma evolução registada no âmbito do Direito internacional que, como vimos, culminou com a consagração legal de quatro tipos de crimes naquele Estatuto, sendo eles: o crime de genocídio, os crimes de guerra, os crimes contra a Humanidade e, por último, o crime de agressão (cujo articulado resultou da recente Conferência de Revisão de Kampala). À excepção deste último, podemos afirmar que a classificação daqueles outros enquanto “core international crimes” resultava já da sua consagração em Tratados internacionais que, em virtude da propagação de um objectivo comum a todos os Estados, traduzido na prevenção e repressão concertadas dos crimes que, indubitavelmente, afectam a comunidade internacional globalmente considerada, culminou com a ascensão daqueles postulados normativos ao nível de normas de *jus cogens*. Na nossa opinião, o leque de crimes abrangidos pela jurisdição do TPI poderá vir a

conhecer, brevemente, novos alargamentos, já que o contributo de certos Autores – especialmente de M. Cherif Bassioni –, bem como as exigências resultantes da crescente consciencialização da comunidade internacional, relativamente à necessidade premente, no que diz respeito ao combate – em “comunhão de esforços” – do que podemos designar como crimes “transfronteiriços”, denotam a necessidade de criminalização de determinados crimes internacionalmente relevantes.

Já quanto à questão da jurisdição penal internacional, verificámos que, hoje em dia, a perspectiva, segundo a qual o *ius puniendi* constitui uma prerrogativa puramente estatal, se encontra – por um conjunto de razões que, na nossa opinião, se revelam bastante pertinentes – ultrapassada. Ainda assim, não podemos deixar de salientar que a titularidade da competência jurisdicional continua, como vimos, na disponibilidade dos Estados – que repartem, entre si, a jurisdição sobre determinados bens jurídico-penalmente relevantes.

Neste âmbito, a figura com maior interesse para a nossa investigação diz respeito ao princípio da jurisdição universal. Como sabemos, este princípio já existia nos casos de pirataria em alto mar – sendo a sua aplicação prática comum aceite pela comunidade internacional. Aliás, certos Autores defendem a aplicação deste princípio às situações que envolvam “core crimes” através de uma analogia entre os crimes de pirataria e os crimes de direito internacional (“piracy analogy”). Na nossa opinião, a expressão *hostis humanis generis*, tradicionalmente utilizada para designar aqueles piratas, comporta, actualmente, todos os indivíduos responsáveis pelo cometimento de “core international crimes”. Não obstante, consideramos que a cisão operada entre dois âmbitos de aplicação distintos – modelo centralizado e modelo descentralizado – se revela pertinente nesta matéria, uma vez que a aplicação deste princípio por parte dos tribunais nacionais de um Estado continua a merecer, do nosso ponto de vista, um conjunto de críticas, fundamentadas (nomeadamente, quanto à instrumentalização política do mesmo), que dificilmente podem ser superadas. Por sua vez, a aplicação do princípio da jurisdição universal por parte de tribunais internacionais, caracterizados pela sua independência, isenção e imparcialidade, constitui, indubitavelmente, um avanço no sentido da consolidação e desenvolvimento deste princípio enquanto mecanismo efectivo no combate à impunidade. Na nossa opinião, a Teoria da Delegação da Jurisdição, proposta por Dalila Hoover, demonstra o compromisso assumido pelos Estados no que concerne à luta contra os crimes susceptíveis de afectarem a estabilidade internacional. Aliás, tal como salientámos – aquando da análise

da questão da jurisdição universal, no Caso *Yerodia* – o conjunto de requisitos (ou pressupostos) – avançados pelos Juízes Higgins, Kooijmans e Buerghenthal – constituem um forte indício da relevância que este princípio poderá vir a assumir num futuro próximo.

Como vimos, podemos dividir as imunidades em três tipos: imunidades diplomáticas, imunidades jurisdicionais de um Estado e, por último, imunidades dos Chefes de Estado, Chefes de Governo e Ministros dos Negócios Estrangeiros. Ainda assim, consideramos que a divisão conceitual – entre imunidades *ratione personae* e imunidades *ratione materiae* – que, como é sabido, reúne um largo consenso entre a comunidade jurídica internacional, se revela como mais pertinente para a presente análise. Na nossa opinião, devemos partir de uma avaliação, prévia, das características de cada um daqueles conceitos de imunidades avançados, para que, posteriormente, possamos averiguar da sua (ir)relevância no âmbito da prática de crimes de direito internacional.

Em primeiro lugar, devemos ressaltar o facto de a *ratio* subjacente às imunidades assentar no princípio *par in parem non habet imperium* (*iudicium*), isto é, estes mecanismos foram especificamente construídos para assegurar a estabilidade das relações internacionais entre Estados soberanos.

Consideramos que as imunidades *ratione personae* (pessoais) continuam a vigorar, na sua máxima amplitude, no âmbito da cooperação judiciária horizontal – já que, nesta sede, as exigências decorrentes do princípio da não-ingerência entre Estados soberanos, se sobrepõem, temporariamente, às exigências punitivas que se façam sentir. Tal entendimento é suportado pela doutrina e jurisprudência (*Pinochet*, *Yerodia* e *Gaddafi*) nesta matéria. Por sua vez, as imunidades funcionais tendem a não operar na relação horizontal entre Estados soberanos. Como observámos, são diversas as fundamentações avançadas para justificar a ineficácia destas imunidades junto de tribunais nacionais. Quer seja pela classificação dos actos praticados enquanto actos não oficiais (que não importa, como defendemos, a sua qualificação automática enquanto actos privados), quer seja pela existência de uma regra ou de uma excepção de direito internacional costumeiro que determine a irrelevância das mesmas, o estado actual da arte, quanto a esta questão, parece não deixar qualquer réstia de dúvidas: as imunidades *ratione materiae* (funcionais) não podem ser invocadas, sequer, como obstáculo processual, quando estejam em causa acusações relativas à prática de crimes de direito internacional. Não podemos de deixar de mencionar a recente tentativa de codificação avançada pela ILC, que tem vindo a abordar,

detalhadamente, as implicações decorrentes das prerrogativas que caracterizam as imunidades de direito internacional no âmbito da jurisdição penal de um Estado estrangeiro (cooperação judiciária horizontal). Consideramos que esta Comissão poderá vir a desempenhar um papel fundamental no que concerne à clarificação destes controversos mecanismos.

Abordámos, ainda, a questão do ponto de vista da relação vertical estabelecida entre Estados e órgãos judiciais internacionais. Principiámos pela tentativa de identificação de alguns critérios susceptíveis de ajudar à caracterização de um tribunal internacional criminal. Como sabemos, apesar de a decisão do TIJ, no Caso *Yerodia*, ter identificado alguns foros em que as imunidades de direito internacional, supostamente, não operariam – nomeadamente, quando fossem suscitadas junto de tribunais internacionais – tal Tribunal limitou-se a enumerar, a título exemplificativo, os tribunais internacionais para esses efeitos (tendo oferecido, como exemplos, os Tribunais *ad hoc* e o TPI). Como vimos, a decisão sobre a irrelevância das imunidades, no Caso *Charles Taylor*, baseou-se no facto de o TESL ser considerado um autêntico tribunal internacional. Contudo, também esta decisão não ofereceu qualquer tipo de linhas orientadoras que permitissem proceder àquela qualificação. Na nossa opinião – analisando o plano geral – existem seis características fundamentais para que possamos identificar um tribunal enquanto órgão judicial internacional, sendo elas: 1) a base legal do tribunal; 2) o tribunal não poder fazer parte do sistema judiciário de um Estado; 3) o tribunal dever aplicar, em primeiro plano, direito internacional penal; 4) a sua jurisdição *ratione materiae* e *personae* dever ser internacional; 5) as suas decisões deverem ser vinculativas; 6) o tribunal dever ter uma relação de primazia ou, pelo menos de complementaridade, com as jurisdições penais nacionais. Assim sendo, sempre que estes requisitos estiverem cumpridos, podemos concluir pela identificação do tribunal enquanto verdadeiro órgão judicial internacional.

Por último, resta-nos concluir pelo reconhecimento do papel, cada vez mais preponderante, que o TPI tem vindo assumir nos últimos anos, em virtude, sobretudo, da crescente aceitação da sua jurisdição por parte dos Estados que compõem a comunidade internacional. Como constatámos, actualmente, são já 122 os Estados Partes do ERTPI, o que nos permite afirmar que os objectivos relacionados com a necessidade de reforçar a cooperação internacional judiciária, para garantir a efectividade da repressão, do conjunto de crimes que constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da Humanidade,

têm vindo a assumir uma grande relevância. Na nossa opinião, o reforço da cooperação entre o TPI e o CS da ONU poderá constituir uma das soluções mais importantes neste âmbito, já que estes dois órgãos podem ter um papel decisivo no que diz respeito à evolução da hodierna área do Direito Internacional Penal. Apesar de continuarmos a assistir à instrumentalização destas prerrogativas em função de interesses pessoais – v.g. o Presidente da Guiné-Equatorial (recentemente aceite como membro da CPLP), Teodoro Obiang, nomeou o filho representante do país junto da UNESCO, com o único objectivo de lhe “dar” uma imunidade diplomática que impedisse a continuação dos processos contra si –, não podemos deixar de ressaltar que o actual Presidente do Quênia, Uhuru Kenyatta, foi ouvido, muito recentemente, no TPI, relativamente a acusações de cometimento de crimes contra a Humanidade. Na nossa opinião, estamos perante um verdadeiro caso susceptível de vir a constituir um poderoso precedente no âmbito das imunidades de direito internacional.

Em jeito de conclusão, da análise crítico-reflexiva apresentada, retiramos que os desenvolvimentos mais recentes, no âmbito do Direito Internacional Penal, dos limites das imunidades, reconhecidos pela necessidade de protecção dos Direitos Humanos, fundam-se na ideia de que existem crimes de direito internacional que não podem ser protegidos pelas mesmas – consideramos que apenas a adaptação destes mecanismos permitirá a sua subsistência. O caminho até aqui percorrido não nos permite chegar a uma conclusão absoluta ou unânime, já que, tal como resulta claro da nossa exposição, nenhuma das posições doutrinárias e correntes jurisprudenciais analisadas se encontra isenta de críticas. Decidimos optar, dentre elas, pela posição que, em princípio, parece invocar os argumentos mais convincentes. Assim sendo, consideramos, concordando com Claus Kreß, que, hoje em dia, podemos identificar a consagração de um princípio de direito internacional costumeiro que proclama a irrelevância das imunidades de direito internacional (*ratione materiae* e *ratione personae*) – nas situações de cooperação judiciária internacional vertical. Por último, é curioso o entendimento segundo o qual Al-Bashir se encontra como que em regime de “prisão domiciliária”, já que, em virtude da crescente aceitação do princípio da irrelevância das imunidades pela comunidade internacional, não pode viajar para determinados países. Deixemos, todavia, esta questão (e outras mais) em aberto para a nossa Tese de Doutoramento.

Bibliografia

- ADAM DAY, "Crimes Against Humanity as a Nexus of Individual and State Responsibility: Why the ICJ Got Belgium v. Congo Wrong", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 22, n.º 3, 2004
- ANDREA BIANCHI, "Denying State Immunity to Violators of Human Rights", *Austrian Journal of Public and International Law*, Vol. 46, 1994
- _____, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *European Journal of International Law*, Vol. 10, 1999
- ANJA SEIBERT-FOHR, "Modern Concepts of Customary International Law as a Manifestation of a Value-Based International Order", in *Unity and Diversity in International Law* (Andreas Zimmermann/Rainer Hofmann, eds.), 2006
- ANNE PETERS, "The Security Council's Responsibility to Protect", *International Organizations Law Review*, Vol. 8, n.º 1, 2011
- ANTHEA ELIZABETH ROBERTS, "Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: a Reconciliation", *The American Journal of International Law*, Vol. 95, 2001
- ANTHONY J. COLANGELO, "Jurisdiction, Immunity, Legality, and *Jus Cogens*", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 14, n.º 1, 2013
- ANTONIO CASSESE, "Genocide", in A. Cassese / P. Gaeta / J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2002

_____, “Crimes Against Humanity”, in A. Cassese / P. Gaeta / J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2002

_____, “When May Senior State Official Be Tried for International Crimes? Some comments on the Congo v. Belgium Case”, *European Journal of International Law*, 2002

_____, *International Criminal Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2008

ASIAD G. KIYANI, “Al-Bashir & the ICC: The Problem of Head of State Immunity”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 12, 2013

BETH STEPHENS, “Abusing the Authority of the State: Denying Foreign Official Immunity for Egregious Human Rights Abuses”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 44, 2011

BIRGIT SCHLÜTTER, *Developments in Customary International Law: Theory and The Practice of the International Court of Justice and the International Ad Hoc Criminal Tribunals for Rwanda and Yugoslavia*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, Vol. 62, 2010

BRUCE BROOMHALL, “Towards the development of an Effective System of Universal Jurisdiction for Crimes under International Law”, in Symposium: Universal Jurisdiction: Myths, Realities, and Prospects, *New England Law Review*, Vol. 35, 2001

CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “Um Exemplo de Jurisprudência Penal Internacional: o Caso Pinochet”, in Maria Fernanda Palma/Carlota Pizarro de Almeida/José Manuel Vilalonga (coords.) *et alii*, *Casos e Materiais de Direito Penal*, 2000

- CHIMÈNE L. KEITNER, “Foreign Official Immunity after Samantar”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 44, 2011
- CIARA DAMGAARD, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*, Springer Science & Business Media, 2008
- CLAUS KREß, “The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court’s Statute”, in Morten Bergsmo and LING Yan (editors), *State Sovereignty and International Criminal Law*, FICHL Publication Series No. 15, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Beijing, 2012
- DALILA HOOVER, “Universal Jurisdiction Not So Universal: Time to Delegate to the International Criminal Court?”, *Eyes on the ICC*, Vol. 8, 2011
- DAN TERZIAN, “Personal Immunity and President Omar Al Bashir: An Analysis Under Customary International Law and Security Council Resolution 1593”, *UCLA Journal of International Law and Legal Affairs*, Vol. 16, 2011
- DANIEL BENOLIEL E RONEN PERRY, “Israel, Palestine and the ICC”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 32, 2010-2011
- DAPO AKANDE, “The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits”, *Journal of International Criminal Justice*, 2003
- _____, “International Law Immunities and The International Criminal Court”, *The American Journal of International Law*, Vol. 98, 2004
- _____, “The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al-Bashir’s Immunities”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, 2009

_____, “Prosecuting Agression: The Consent Problem and The Role of The Security Council”, *Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict*, Oxford Legal Studies Research Paper, n.º 10, 2011

DAPO AKANDE e SANGEETA SHAH, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts”, *The European Journal of International Law*, Vol. 21, n.º 4, 2011

DAVID S. KOLLER, “Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court”, *American University International Law Review*, Vol. 20, 2004

DAVID TURNS, “Pinochet’s fallout: jurisdiction and immunity for criminal violations of international law”, *Legal Studies* 20-4, 2000

EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público – Sujeitos e Responsabilidade*, Vol. II, Almedina, 2004

EUGENE KONTOROVICH, “The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 45, 2004

FINÍN O’BRIEN, “*Nemo Iudex in Causa Sua*: Aspects of the No-Bias Rule of Constitutional Justice in Courts and Administrative Bodies”, *Irish Journal of Legal Studies*, Vol. 2, 2011

FRED KENNEDY NKUSI, “Immunity of State Officials before the International Criminal Court (ICC): the indictment of President Al-Bashir”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 1, 2013

- GIORGIO GAJA, “The Long Journey towards Repressing Aggression”, in A. Cassese / P. Gaeta / J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2002
- GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa : anotada*, Vol. 1, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2007-2010
- GWEN P. BARNES, “The International Criminal Court’s Ineffective Enforcement Mechanisms: The Indictment of President Omar Al-Bashir”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 34, 2011
- HAZEL FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford, 2002
- HUGH KING, “Immunities and Bilateral Agreements: Issues arising from Articles 27 and 98 of the Rome Statute”, *New Zealand Journal of Public and International Law*, 2006
- IAN BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, 1998
- IAN SINCLAIR, “The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, Vol. 167, 1980
- J. CRAIG BARKER, COLIN WARBRICK e DOMINIC MCGOLDRICK, “The Future of Former Head of State Immunity after ex parte Pinochet”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, n.º 4, 1999
- JAMES L. MIGLIN, “From immunity to Impunity: Charles Taylor and the Special Court for Sierra Leone”, *Dalhousie Journal of Legal Studies*, Vol. 16, 2007
- JENNIFER TRAHAN, “The Relationship Between the International Criminal Court and the U.N. Security Council: Parameters and Best Practices”, *Criminal Law Forum*, Vol. 24, 2013

- JENS M. IVERSON, “The Continuing Functions of Article 98 of the Rome Statute”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 1, n.º 4, 2012
- JESSICA NEEDHAM, “Protection or Prosecution for Omar al Bashir? The Changing State of Immunity in International Criminal Law”, *Auckland University Law Review*, Vol. 17, 2011
- JOANNE FOAKES e ELIZABETH WILMSHURST, “State Immunity: The United Nations Convention and its effect”, *International Law Programme*, Chatham House, 2005
- JOHAN VAN DER VYVER, “*Prosecuting President Omar Al-Bashir in the International Criminal Court*”, 2011
- JÓNATAS E. M. MACHADO, *Direito Internacional: Do paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2006
- JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Internacional Penal: uma perspectiva dogmático-crítica*, Almedina, Coimbra, 2008
- _____, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª Edição, Actualizada e Ampliada, Almedina, Coimbra, 2010
- JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2007
- JORGE MIRANDA, *Constituição Portuguesa: anotada*, Tomo 1, Coimbra Editora, 2005-2007
- JOSEPH M. ISANGA, “The International Criminal Court Ten Years Later: Appraisal and Prospects”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 21, 2013

KAI AMBOS, “General Principles of Criminal Law in the Rome Statute”, *Criminal Law Forum*, Vol. 10, 1999

_____, *Estudios del Derecho Penal Internacional*, Universidad Catolica Andres, 2004

KERRY CREQUE O’NEILL, “A New Customary Law of Head of State Immunity?: Hirohito and Pinochet”, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 38, 2002

KIMBERLY PROST e ANGELIKA SCHLUNCK, “Article 98: Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender”, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers, notes, article by article* (ed. Otto Triffterer), Baden-Baden: Nomos, 1999

LEILA NADYA SADAT, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, New York: Transnational Publishers, 2002

LUIGI CONDORELLI e SANTIAGO VILLALPANDO, “Referral and Deferral by the Security Council”, in A. Cassese / P. Gaeta / J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2002

M. CHERIF BASSIOUNI, “International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, 1996

_____, “Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 42, 2001

_____, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, International Criminal Law Series 1, Martinus Nihoff Publishers, 2013

MARK A. SUMMERS, “Immunity or Impunity? The Potential Effect of Prosecutions of State Officials for Core International Crimes in States like the United States that are not Parties to the Statute of the International Criminal Court”, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 31, 2005-2006

_____, “Diplomatic Immunity *Ratione Personae*: Did the International Court of Justice Create a New Customary Law Rule in Congo vs. Belgium?”, *Michigan State Journal of International Law*, Vol. 16, 2007-2008

MATTHIAS GOLDMANN, “Arrest Warrant Case (Democratic Republic of the Congo v Belgium”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* (ed. Rüdiger Wolfrum), Oxford Public International Law, 2009

MICHAEL BOTHE, “War Crimes”, in A. Cassese / P. Gaeta / J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2002

MICHAEL BYERS, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge University Press, 2001

MICHAEL P. SCHARF, “The ICC’s Jurisdiction over the National of Non-Party States”, in *The United States and the International Criminal Court – National Security and International Law*, eds. Sarah B. Sewall and Karl Kaysen, American Academy of Arts and Sciences, 2000

OTTO TRIFFTERER, “Article 27: Irrelevance of Official Capacity”, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers, notes, article by article* (ed. Otto Triffterer), Baden-Baden: Nomos, 1999

PAOLA GAETA, “Official Capacity and Immunities”, in: A. Cassese / P. Gaeta / J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford University Press, 2002

_____, “*Ratione Materiae* Immunities of Former Heads of State and International Crimes: The Hissène Habré Case”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, 2003

_____, ”Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?”, *Journal of International Criminal Justice* 7, Oxford University Press, 2009

PAULA ESCARAMEIA, “Quando o Mundo das Soberanias se transforma no Mundo das Pessoas: o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e as Constituições Nacionais”, *Themis: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano 2, n.º 3, 2001

_____, “The Security Council as a Judge?: The Relationship between the Security Council and the International Criminal Court”, in *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa / coord. Diogo Freitas do Amaral, Carlos Ferreira de Almeida, Marta Tavares de Almeida, Coimbra, Almedina, Vol. 1, 2008*

PEDRO CAEIRO, “O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português”, in *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004

_____, *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: O Caso Português*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Wolters Kluwer, 2010

PHILLIP WARDLE, “The Survival of Head of State Immunity at the International Criminal Court”, *Australian International Law Journal*, Vol. 18, 2011

PIERRE D'ARGENT, *Immunity of States officials and Obligation to prosecute*, in A. Peters, E. Lagrange, S. Oeter (eds.), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Proceedings of the Joint Conference of the French and German Societies for International Law, Martinus Nijhoff, 2013

- ROBERT A. WILSON, “*Diplomatic Immunity from Criminal Jurisdiction: Essential to Effective International Relations*”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 113, Vol. 7, 1984
- ROBERT CRYER, “International Criminal Law vs. State Sovereignty: Another Round?”, *The European Journal of International Law*, Vol. 16, n.º 5, 2006
- _____, “Prosecuting the Leaders: Promises, Politics and Practicalities”, *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 1, 2009
- _____, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2.^a Edição, Cambridge University Press, 2010
- ROOZBEH (RUDY) B. BAKER, “Customary International Law in the 21st Century: Old Challenges and New Debates”, *The European Journal of International Law*, Vol. 21, n.º 1, 2010
- ROSANNE VAN ALEBEEK, “Immunity and Human Rights? A Bifurcated Approach”, *American Society of International Law*, Vol. 104, 2010
- SALVATORE ZAPPALÀ, “Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation”, *European Journal of International Law*, Vol. 12, n.º 3, 2001
- SAMAR EL-MASRI, “The Legality of the International Criminal Court’s Decision against Omar Al-Bashir of Sudan”, *International Journal*, Vol. 66, 2010-2011
- SEVRINE KNUCHEL, “State Immunity And The Promise Of *Jus Cogens*”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Vol. 9, 2011
- STEFFEN WIRTH, “Immunities, related problems, and article 98 of the Rome Statute”, in *Criminal Law Forum*, Kluwer Academic Publishers, Vol. 12, 2001

_____, “Immunity for Core Crimes? The ICJ’s Judgment in the Congo vs. Belgium Case”, , Vol. 13, 2002

TERHI JYRKKIÖ, “Immunities of Heads of State in the International Criminal Court: Particularly in the Case against Omar Al Bashir”, 2011

TOM RUYS, “Defining the Crime of Aggression: The Kampala Consensus”, *Military Law and The Law of War Review*, Vol. 49, 2010

VINCENZO ROCCO SICARI, *O Direito das Relações Diplomáticas*, Del Rey, Belo Horizonte, 2007

VITAL MOREIRA, “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição”, in “*O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*”, Coimbra Editora, 2004

VLADEN S. VERESHCHETIN e CHRISTOPHER J. LE MON, “Immunities of Individuals under International Law in the Jurisprudence of the International Court of Justice”, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, Vol. I, 2004

WILLIAM A. SCHABAS, “The International Criminal Court and Non-Party States”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 28, 2010

YUXIANG ZHONG, “Criminal Immunity of State Officials for Core International Crimes Now and in the Future”, *FICHL Policy Brief Series*, Torkel Opsahl Academic EPublisher (TOAEP), n.º 20, 2014